

## **Teil 1: Überblick**

### **A.     Hinführung zum Thema**

Ehe und Familie sind die natürliche und sittliche Grundlage der menschlichen Gemeinschaft (Art. 124 I BayVerf) und das Fundament unseres Staates. Jedes Kind hat ein Recht auf persönliche Zuwendung und Liebe der Eltern und sollte daher die Familie als ersten und wichtigsten Ort individueller Geborgenheit erleben. Doch nicht allen Kindern ist es vergönnt, daß ihr Anspruch auf "Pflege und Erziehung" nach Art. 6 II 1 GG oder - wie § 1 I SGB VIII vom 26.06.1990 es ausdrückt - "ihr Recht auf Förderung ihrer Entwicklung und auf Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit" von den biologischen Eltern in der Ursprungsfamilie erfüllt wird. Solche Kinder müssen, statt bei Vater und Mutter oder nur einem Elternteil aufzuwachsen, entweder bei einer Pflegeperson, bei Pflegeeltern, bei Adoptiveltern, in einer betreuten Wohnform oder notfalls in einem Heim untergebracht werden.

Aufgabe dieser Abhandlung ist es nun, von den verschiedenen Möglichkeiten der Unterbringung und Erziehung junger Menschen einzig das Pflegeverhältnis als eine Dreiecksbeziehung zwischen Eltern, Pflegeeltern und Kind auf dem Teilgebiet des deutschen Zivilrechts nach dem Stand vom 01.01.1999 zu untersuchen.

Zu diesem Zweck wird zunächst die historische Entwicklung von 1794 bis zum Inkrafttreten des SGB VIII vom 26.06.1990 (BGBl. I S. 1163) geschildert und danach der Zustand nach dem Inkrafttreten des SGB VIII am 01.01.1991 (Art. 23, S. 1 KJHG) beschrieben. Daran anschließend setzt sich die Arbeit mit dem

- aufgrund des Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz v. 16.12.1997 - KindRG, BGBl. 1997 I, S. 2942),
  - aufgrund des Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts sowie weiterer Vorschriften (Betreuungsrechtsänderungsgesetz v. 25.06.1998 - BtÄndG, BGBl. 1998 I, S. 1580) und
  - aufgrund des Gesetzes zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger (Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz v. 25.08.1998 - MHbeG, BGBl. 1998 I, S. 2487)
- geltenden Rechtszustand auseinander.

## B. Geschichtlicher Rückblick

Anders als das gemeine Recht kannte das preußische *Allgemeine Landrecht* (ALR) von 1794<sup>1</sup> und der französische *Code civil* von 1804 mit den unter der Bezeichnung "tutelle officieuse" bekanntgewordenen Art. 361 bis 370 das Rechtsinstitut der Pflegekindschaft.<sup>2</sup>

Das ALR regelte das Pflegeverhältnis in den §§ 753 bis 773<sup>3</sup> und differenzierte zwischen von ihren Eltern verlassenen Kindern und aufgrund Vertrags aufgenommenen Kindern. Bei den verlassenen Kindern entfaltete die Inpflegegabe sehr weitreichende Wirkungen bis hin zu erbrechtlichen Ausstrahlungen. Demgegenüber richtete sich die Ausgestaltung des Pflegeverhältnisses bei den aufgrund Vertrags aufgenommenen Kindern primär nach dem Vertragsinhalt, hilfsweise nach dem dispositiven Gesetzesrecht, wonach der Pflegevater diejenigen Rechte und Pflichten hatte, die der Zweck der übernommenen Erziehung unmittelbar erforderte. Darin zeigte sich die typisch schuldrechtliche Ausgestaltung.

Bedauerlicherweise schuf das ALR eine Art von Sklaverei; indem es Pflegekinder dazu verpflichtete, den Pflegeeltern nach dem vollendeten 14. Lebensjahr so viele Jahre gegen entsprechenden Unterhalt und notwendiger Bekleidung, aber ohne Lohn Dienste zu leisten, als es vorher von diesen gepflegt worden war.<sup>4</sup> Als nachteilig wurde auch empfunden, daß die Pflegeeltern keinerlei behördlicher oder gerichtlicher Aufsicht unterstanden und sich jederzeit ihrer Pflichten entledigen konnten mit der Folge, daß es an jeglicher Gewähr für die Kontinuität der Erziehung fehlte.<sup>5</sup>

Die Zielsetzung des *Code civil* war eine andere als die des ALR, weil das Pflegeverhältnis als Vorstufe zur Adoption gedacht war und daher familienrechtlichen Charakter besaß. Sinngemäß war unter anderem im einzelnen festgelegt:<sup>6</sup>

Art. 345: Die adoptionswillige Person mußte das Kind während seiner Minderjährigkeit mindestens sechs Jahre lang ununterbrochen unterstützt und gepflegt haben.

Art. 346: Nur Volljährige konnten adoptiert werden.

Art. 361: Tuteur officieux (Vormund) konnte nur eine Person werden, die 50 Jahre alt und kinderlos war. Sie benötigte dazu entweder die Einwilligung der Eltern, des überlebenden Ehegatten, des Familienrats, des Verwalters des Waisenhauses, in dem sich das Kind

---

<sup>1</sup>Tirey, S. 83, Fn 373, ALR II, 2, §§ 752 - 773

<sup>2</sup>Tirey, S. 86; Mugdan, S. 953

<sup>3</sup>Schwab, A 68

<sup>4</sup>Tirey, S. 84, 85 m.w.N.

<sup>5</sup>Mugdan, S. 954

<sup>6</sup>Tirey, S. 86 - 88

befand oder der Munizipalität des Ortes, in dem sich das Kind aufhielt.

Art. 362: Ein verheirateter tuteur officieux bedurfte der Einwilligung seines Ehegatten.

Art. 363: Die Aufnahme des Kindes erfolgte vor einem Friedensrichter, der über den Vorgang ein Protokoll aufnahm.

Art. 366: Durch Testament konnte der tuteur officieux auch schon ein minderjähriges Kind adoptieren.

Art. 388: Die Volljährigkeit des Kindes trat mit Vollendung des 21. Lebensjahres ein.

1809 übernahm das *Badische Landrecht* das Rechtsinstitut der "tutelle officieuse" und bezeichnete es als Pflegevaterschaft.<sup>7</sup>

Mit der beginnenden Industrialisierung in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts nahm die Zahl der außerehelichen Geburten stark zu. Die Mütter dieser Kinder und viele miteinander verheiratete Eltern waren gezwungen, ihrer Arbeit nachzugehen und die Kinder in Pflege zu geben. Daher nahm auch die Zahl der Pflegekinder zu. Die Lage dieser "Halte- bzw. Ziehkinder" war zum Teil erschreckend. Öffentlichkeit und Behörden wurden auf den bedenklichen Gesundheitszustand, die hohe Sterblichkeitsrate und die schlechte Schulbildung dieser jungen Menschen aufmerksam. Durch Privatinitiative bildeten sich *Vereine zur Förderung der Familienpflege*.<sup>8</sup>

Die Verfasser des *BGB* sahen für eine Regelung des Pflegeverhältnisses dennoch kein Bedürfnis, so daß Dernburg<sup>9</sup> feststellte: "Für das BGB existiert es nicht". Dies ist zum einen vor dem Hintergrund der Mängel in der Regelung des ALR zu sehen, zum anderen wurde dies damit begründet, daß es nicht Aufgabe des Zivilrechts, sondern der Gemeindegewaisenräte und der Vormundschaftsgerichte, also staatlicher Stellen sei, bei Mißständen im Bereich des Pflegekinderwesens für Abhilfe zu sorgen.<sup>10</sup> Die Ausklammerung des Pflegeverhältnisses offenbarte die generelle Tendenz, die Lösung sozialer Probleme ausschließlich oder doch zumindest primär als Aufgabe des öffentlichen Rechts anzusehen.<sup>11</sup>

Zu jener Zeit wurden die Aufgaben auf dem Gebiet des Pflegekinderschutzes oftmals von polizeilichen Stellen oder von von diesen beauftragten Personen, jedoch auch von diversen

---

<sup>7</sup>Schwab, A 68

<sup>8</sup>Jans/Happe/Saurbier, § 33, 3 und 4; Tirey, S. 100

<sup>9</sup>Dernburg, S. 260, Fn 5

<sup>10</sup>Tirey, S. 8 und 9

<sup>11</sup>Stolterfort, S. 48

anderen Einrichtungen, beispielsweise von der Armenverwaltung oder von dem Gemeindewaisenrat, wahrgenommen.<sup>12</sup> Dies änderte sich ab 01.04.1924 mit dem Inkrafttreten des *Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes (RJWG)* vom 09.07.1922.<sup>13</sup> Es regelte in seinen §§ 19 bis 31 erstmals den Pflegekinderschutz reichseinheitlich.<sup>14</sup> In seinen §§ 20 ff übernahm es das bereits in Preußen praktizierte Erlaubnis- und Aufsichtssystem. Gem. § 3, Nr. 1 RJWG übernahm einheitlich das Jugendamt die Aufgaben auf dem Gebiet des Pflegekinderschutzes. Es hatte die Pflegeerlaubnis auszustellen (§ 20 RJWG) und die Pflegekinderaufsicht auszuüben (§ 24 RJWG). Bei Gefahr in Verzug durfte das Jugendamt das Kind unverzüglich aus der Pflegestelle entfernen (§ 27 RJWG).<sup>15</sup> Zudem wurden die Schutznormen durch entsprechende Strafnormen abgesichert (§ 30 RJWG). § 69 I RJWG nannte die Erziehung in einer anderen Familie bei den Formen der Fürsorgeerziehung vor der Heimerziehung an erster Stelle.<sup>16</sup> Auch in diesem Zusammenhang fällt auf, daß die öffentlich-rechtlichen Aspekte des Pflegekinderwesens bereits wesentlich früher eine gesetzliche Regelung erfuhren als die zivilrechtlichen.

Aus der Zeit zwischen 1925 - 1928 sind erste Reformbestrebungen belegbar. Weil die Pflegeeltern damals um die beliebige Rücknahme des Kindes durch die leiblichen Eltern fürchten mußten, wurden manche Interessenten von der Aufnahme eines Pflegekindes abgehalten.<sup>17</sup> Deshalb forderten Praktiker der Jugendhilfe eine gesetzliche Regelung der Pflegekindschaft.<sup>18</sup>

Die Reichsregierung griff diese Forderung auf und trug ihr mit dem "Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen Kinder und die Annahme an Kindesstatt" Rechnung. Der Entwurf wurde 1925 veröffentlicht<sup>19</sup> und 1929 vom Reichsjustizminister nach Zustimmung des Reichsrats mit kleinen Modifikationen dem Reichstag zur Beschlußfassung vorgelegt. Dieser Entwurf, der "*Brandis-Entwurf*" genannt wurde, sah vor, daß mit den §§ 1772 a - 1772 g ein neuer Titel über das Pflegeverhältnis eingefügt wurde. Daß es als "Adoption minderen Rechts" ausgestaltet war, zeigt ein Vergleich der §§ 1772 a - 1772 g mit den §§ 1741 - 1742 BGB in der seinerzeit geltenden Fassung, auf die der Entwurf auch mehrmals verweist.

Die Wirkungen des Pflegekindverhältnisses waren nur in folgender Hinsicht schwächer als

---

<sup>12</sup>Tirey, S. 104, Fn 469

<sup>13</sup>RGBl. 1922, I, S. 633

<sup>14</sup>Jans/Happe/Saubier, § 33, 5; Tirey, S. 103, Fn 467

<sup>15</sup>Tirey, S. 104

<sup>16</sup>Jans/Happe/Saubier, § 33, 5

<sup>17</sup>Brandis, Der Gesetzentwurf über das Unehelichenrecht und seine Probleme

<sup>18</sup>Tirey, S. 92, 93 m.w.N.

<sup>19</sup>Reichsarbeitsblatt 1925, Amtlicher Teil, Nr. 37, S. 459, 464 ff

die einer Minderjährigen-Adoption:

- Das Pflegekindverhältnis durfte zeitlich befristet werden (§ 1772 e E), während eine Adoption befristungsfeindlich war (§ 1742 BGB a.F.).
- Es überdauerte in keinem Fall den Eintritt der Volljährigkeit des Kindes (§ 1772 e E).
- Es begründete keine verwandtschaftlichen Beziehungen und entfaltete keine Wirkungen in unterhalts-, erb- und namensrechtlicher Hinsicht.

Daß der Entwurf um einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen der biologischen und den sozialen Eltern ehrlich bemüht war, zeigt unter anderem die vorgesehene Regelung, wonach eine vorzeitige Aufhebung des Pflegeverhältnisses ohne Einschaltung des Vormundschaftsgerichts nur durch einen einvernehmlichen Vertrag zwischen den Beteiligten zugelassen wurde.

Auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht lassen sich weitestgehende Ähnlichkeiten mit der Adoption - sowohl was die Begründung als auch was die Aufhebung des Pflegekindverhältnisses betrifft - feststellen.

Doch den damaligen Reformbemühungen blieb der Erfolg versagt; der Brandis-Entwurf wurde nicht Gesetz. Dies lag wohl am Vorrang anderer Fragen und der Zusammensetzung des Reichstags.

Bald nach dem Zweiten Weltkrieg begann die Diskussion um eine Regelung des Pflegeelternverhältnisses erneut. Beispielsweise veröffentlichte 1951 das Hauptjugendamt Berlin einen Gesetzentwurf,<sup>20</sup> der in weiten Teilen auf dem Brandis-Entwurf basierte. Die Fachliteratur kritisierte diesen Entwurf vor allem deshalb, weil die darin vorgesehene vertragliche Übertragung der Personensorge gem. Art. 6 II GG verfassungsrechtlich unzulässig sei.<sup>21</sup>

Das RJWG wurde 1961 grundlegend reformiert und als *JWG* neu bekannt gemacht. Das JWG trat im Jahr 1962 in Kraft.<sup>22</sup> Die Konzeption des JWG unterschied sich wesentlich von der des RJWG, indem an die Stelle der primär polizei- und ordnungsrechtlichen Orientierung verstärkt die Prävention und Unterstützung der Eltern trat. In bezug auf die vom Jugendamt vermittelte Familienpflege zeigte sich dieser Wandel darin, daß die Familienpflege in § 6 II JWG als Hilfe zur Erziehung bezeichnet wurde. Zusätzlich wurden

---

<sup>20</sup> abgedruckt in ZfJ 1954, S. 328 ff

<sup>21</sup> Klein, Jugendwohl 1951, S. 226, 229

<sup>22</sup> Tirey, S. 105, Fn 473; BGBl 1961, I, S. 1193 und 1205

die Jugendämter zur Beratung und Unterstützung der Pflegepersonen verpflichtet. Allerdings wurde keine der beiden Rechtsnormen konkretisiert, da der ordnungsrechtliche Pflegekinderschutz nach wie vor den Schwerpunkt der umfangreichen Regelungen über die Pflege der Minderjährigen bildete.<sup>23</sup>

Das JWG erfuhr im Jahr 1970 erneut eine Novellierung.<sup>24</sup>

Ab den späten 60er Jahren wuchs die Zahl der Publikationen zur Pflegekindschaft, insbesondere aus dem Bereich der Jugendhilfe beträchtlich an.<sup>25</sup> Die Reformvorschläge befaßten sich hauptsächlich mit Fragen der Begründung und Beendigung des Pflegeverhältnisses sowie der Ausgestaltung von Rechten und Pflichten der Pflegeeltern.

Angeregt wurde die Diskussion unter anderem durch die Reformarbeiten zu einem neuen Jugendhilfegesetz. Der 1973 vom Bundesjugendministerium vorgelegte Diskussionsentwurf enthielt in seinem § 63 sogar die Verpflichtung zum Abschluß eines schriftlichen, vom Träger der Jugendhilfe zu genehmigenden Pflege- und Erziehungsvertrages zwischen den Personensorgeberechtigten und den Pflegeeltern.<sup>26</sup> Die Genehmigung sollte sowohl die nach dem damaligen § 28 JWG erforderliche Pflegeerlaubnis ersetzen als auch ins Zivilrecht hinübergreifen.<sup>27</sup>

Eine derartige Regelung tauchte in späteren Gesetzentwürfen nicht mehr auf.<sup>28</sup> Statt dessen stellte die Begründung zum Regierungsentwurf vom 14.02.1979 klar,<sup>29</sup> daß rechtssystematische Gründe dafür sprechen, eine etwaige Regelung des Pflegevertrags im Vierten Buch des BGB anzusiedeln.

Nur ganz behutsam, fast verschämt, zog das Pflegekindverhältnis in das BGB ein. In der bis 30.06.1958 geltenden Fassung des BGB ist einzig in § 1666 I S. 2 die Pflege eines Kindes in einer anderen Familie erwähnt. Der Begriff der Familienpflege wurde überhaupt erst mit dem durch das Adoptionsgesetz von 02.07.1976<sup>30</sup> neugefaßten § 1744 BGB eingefügt.<sup>31</sup> Nur um besonders dringliche Fragen zu regeln, wurden mit den §§ 1630 III, 1632 IV BGB, die das am 01.01.1980 in Kraft getretene Gesetz zur Neuregelung des Rechts der

---

<sup>23</sup>Tirey, S. 105

<sup>24</sup>Tirey, S. 105, Fn 474; BGBl 1970, I, S. 920

<sup>25</sup>umfassende Literaturhinweise bei Schwab, A 63, A 69, Fn 10, A 75 ff

<sup>26</sup>Tirey, S. 94 m.w.N.

<sup>27</sup>Schwab, A 63, A 70

<sup>28</sup>Simon, NJW 1982, S. 1673, 1674

<sup>29</sup>BT-Drucksache 8/2571 S. 100 ff

<sup>30</sup>BGBI. I, S. 1749

<sup>31</sup>Schlüter/Liedmeier, FuR 1990, 122

elterlichen Sorge v. 18.07.1979<sup>32</sup> einfügte, Bestimmungen über die Pflegekindschaft in das BGB aufgenommen.<sup>33</sup>

Als verfahrensrechtliche Ergänzung wurde § 50 c FGG eingeführt,<sup>34</sup> wonach vor Entscheidungen in Sorgerechtsangelegenheiten die Pflegeperson grundsätzlich angehört werden muß.

Im Jahre 1982 befaßte sich die Familienrechtliche Abteilung des 54. Deutschen Juristentags (DJT) in Nürnberg mit der Frage "Soll die Rechtsstellung der Pflegekinder unter besonderer Berücksichtigung des Familien-, Sozial- und Jugendrechts neu geregelt werden?"<sup>35</sup> und entfachte damit erneut die Diskussion um eine Reform des Kindschaftsrechts aus familienrechtlicher Sicht.<sup>36</sup>

Die Diskussion war erfolgreich. Wenngleich auch nur auf dem Gebiet der öffentlichen Jugendhilfe, so wurde doch das Pflegekinderwesen mit dem SGB VIII vom 26.06.1990<sup>37</sup> grundlegend reformiert. Das Gesetz, das auch KJHG genannt wurde, enthielt in seinem § 38 Regelungen, die für die zivilrechtliche Stellung der Pflegeeltern von Bedeutung waren; denn die Pflegeperson erhielt unter gewissen Umständen grundsätzlich die Befugnis, den Personensorgeberechtigten in der Ausübung der elterlichen Sorge zu vertreten. Damit ergänzte eine Verwaltungsrechtsnorm den § 1630 III BGB; sie stand folglich rechtssystematisch an falscher Stelle.<sup>38</sup>

Seit dem 02.09.1992 gilt für die Bundesrepublik Deutschland das *UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes* vom 20.11.1989.<sup>39</sup> Art. 20 I und II dieses Übereinkommens verpflichten die Vertragsstaaten, die Betreuung derjenigen Kinder, die vorübergehend oder dauerhaft aus ihrer familiären Umgebung herausgelöst wurden oder denen der Verbleib in dieser Umgebung im eigenen Interesse nicht gestattet werden kann, nach Maßgabe ihres innerstaatlichen Rechts auf andere Weise sicherzustellen. Als mögliche Form der Betreuung nennt Art. 20 III des Übereinkommens unter anderem die Unterbringung und Betreuung in einer Pflegefamilie.

---

<sup>32</sup>BGBI. 1979 I S. 1061

<sup>33</sup>so: Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zu den von den Fraktionen der SPD und F.D.P. eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 27. April 1979, BT-Drucksache 8/2788 S. 40, 47 und 52.

<sup>34</sup>Tirey, S. 96

<sup>35</sup>Salgo, StAZ 1983, 89, Fn 2

<sup>36</sup>Tirey, S. 97 m.w.N.

<sup>37</sup>BGBI. 1990 I, S. 1163

<sup>38</sup>Schwenzer, A 3, A 83

<sup>39</sup>BGBI. 1992, II, S. 122; Bek. v. 10.07.1992, BGBI. 1992, II, S. 990

Der 59. DJT 1992 bezweckte unter anderem eine Verbesserung und Ergänzung der bereits vorhandenen Regelungen. Primär wurde folgendes vorgeschlagen:<sup>40</sup>

- Einräumung eines eigenen Antragsrechts für die Pflegeeltern und Übertragung von Angelegenheiten der Personensorge gem. § 1630 III BGB
- Reduzierung der Anforderungen an eine Verbleibensanordnung nach § 1632 IV BGB
- Ausdehnung der Regelung des § 38 SGB VIII auf sämtliche Pflegeverhältnisse und deren Überführung in das BGB.

Obwohl seit dem Inkrafttreten des Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes im Jahr 1924 immer wieder die Neigung des deutschen Gesetzgebers unverkennbar ist, das Pflegekinderwesen im öffentlichen Recht zu regeln,<sup>41</sup> waren die Bemühungen des DJT, die international im Trend lagen,<sup>42</sup> erfolgreich.

Doch Art und Umfang der Reform und der derzeitige Rechtszustand werden nicht hier im rechtshistorischen Teil, sondern später an anderer Stelle dieser Arbeit abgehandelt. Statt dessen wird, um der wahren Bedeutung der Pflegekindschaft gerecht zu werden, zunächst die Pflegekinderproblematik aus heutiger Sicht beschrieben.

### **C. 1. Gründe für Inpflegegabe**

Zu allen Zeiten wuchsen Kinder in fremden Familien auf. Pflegeverhältnisse entstanden als eine Form der Aushilfe unter Verwandten, Freunden oder Nachbarn, im Rahmen privater Mildtätigkeit oder aber Geschäftstüchtigkeit bei der Aufnahme von Kindern als Hütebuben, Dienstboten oder auch Lehrlinge und bei der Versorgung von Säuglingen und Kleinkindern vermögender Eltern gegen Entgelt.<sup>43</sup>

Heute liegt der häufigste Grund für die Inpfleggabe eines Kindes darin, daß Eltern bzw. Elternteile entweder *nicht gewillt oder faktisch* außerstande sind, ihre Kinder zu erziehen und zu versorgen.<sup>44</sup> Dies wiederum kann folgende Ursachen haben:

- Das Kind soll eine spezielle Ausbildungsstätte besuchen, obwohl die Eltern in einer entlegenen Gegend leben.
- Das Kind bereitet Erziehungsschwierigkeiten.

---

<sup>40</sup>Tirey, S. 97 m.w.N.

<sup>41</sup>BT-Drucksache 11/5948, S. 1, 71; Tirey, S. 96, Fn 433

<sup>42</sup>Windel, FamRZ 1997, 713

<sup>43</sup>Zenz, A 14

<sup>44</sup>Oberloskamp, S. 2



- Das Kind wurde aufgrund von Streitigkeiten zwischen den Eltern nach Einleitung des Scheidungsverfahrens vernachlässigt.<sup>45</sup>
- Die Eltern (bzw. der alleinstehende Elternteil) meinen zum Beispiel aufgrund eines längeren Auslandsaufenthalts, ihre Aufgaben nicht selbst wahrnehmen zu können.<sup>46</sup>
- Die Eltern sind nicht gewillt, sich in ihrem Leben zugunsten ihrer Kinder einzuschränken.
- Die Eltern können wegen notwendiger oder notwendig geglaubter Berufstätigkeit das Kind ganz oder teilweise nicht selbst versorgen.
- Die Eltern sind beruflich überlastet.
- Die Eltern (oder ein Elternteil) leiden an einer psychischen oder Suchtkrankheit.<sup>47</sup>
- Die Eltern sind ungeeignet, ein Kind zu erziehen.
- Die Eltern sind verstorben, aber eine Adoption wird nicht gewünscht.

Daneben spielen auch *rechtliche* Gründe, also das Nicht-Dürfen, eine Rolle, wie zum Beispiel:

- Ruhen der elterlichen Sorge gem. §§ 1673 I, 104 Nr. 2 BGB wegen Geschäftsunfähigkeit oder gem. § 1673 II wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit.
- Ruhen der elterlichen Sorge gem. § 1674 I BGB, zum Beispiel wegen Strafhaft des betreffenden Elternteils.<sup>48</sup>
- Einschränkung oder Entzug der elterlichen Sorge gem. § 1666 BGB.

## 2. Gründe für die Beendigung eines Pflegeverhältnisses

### 2.1 tatsächliche Gründe:

Ähnlich wie die Inpflegegabe kann die Beendigung des Pflegeverhältnisses auf vielerlei Gründen beruhen. Denkbar sind unter anderem folgende:

- Die Inpflegegabe war nur auf Zeit gedacht.
- Das Pflegekind hat sich von den Pflegeeltern "abgenabelt".
- Die Pflegeeltern sind überfordert oder mit eigenen Problemen überlastet.
- Die leiblichen Eltern trauen sich die Erziehung wieder selbst zu.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup>Siedhoff, NJW 1994, 616

<sup>46</sup>Beitzke/Lüderitz, S. 374

<sup>47</sup>Siedhoff, NJW 1994, 616

<sup>48</sup>Palandt-Diederichsen, § 1674, 1; BayObLG, NJW 1975, 1082

<sup>49</sup>Oberloskamp, S. 62

## 2.2 rechtliche Gründe:

Da die Pflegekindschaft im Schnittpunkt verschiedener Rechtsgebiete liegt, entspringen die Gründe zum Teil dem Zivilrecht und zum Teil dem öffentlichen Recht. Wesentlichen Einfluß haben die Art des Vertrags und die jeweiligen Konditionen.

### **D. Einteilung der Pflegeverhältnisse**

Ihrer Funktion entsprechend kann man Pflegeverhältnisse in familienergänzende und vorübergehend oder permanent familienersetzende Pflege einteilen.

Nach ihrer Art kann man unterteilen<sup>50</sup> in:

Dauer- und Teilzeitpflegeverhältnisse,  
Adoptionspflegeverhältnisse,  
Tagesmütterverhältnisse mit Anstellungsträgern und  
Verwandtenpflegeverhältnisse.

Nach dem Merkmal Zeit teilt man in Tages-, Wochen-, Kurzzeit- oder Dauerpflege ein.

### **E. Derzeitiger Erfahrungsstand mit Pflegeverhältnissen in wirtschaftlicher, finanzieller und sozialer Hinsicht**

#### **1. Erfahrungen mit den verschiedenen Arten und Formen von Pflegeverhältnissen**

Die *Tagespflege* (§ 23 I SGB VIII/KJHG, Art. 29 BayKJHG) nehmen vor allem berufstätige Mütter in Anspruch, die ihre Kinder jeden Tag bringen und nach der Arbeit wieder nach Hause holen, während "Dauerpflegekinder" permanent in der Pflegefamilie leben - gewöhnlich auf unbestimmte Zeit - und nur für Stunden, Tage oder Wochen zu ihren leiblichen Eltern auf Besuch kommen. Die Erwerbstätigkeit der Mutter oder beider Eltern ist seltener Anlaß für eine Dauerpflege; oftmals wird eine Fremdplazierung durch besondere Erziehungsschwierigkeiten veranlaßt bis hin zur gerichtlichen Anordnung wegen elterlichen Erziehungsversagens. Mit andern Worten: Die Tagespflege dient als Alternative zur Kinderkrippe oder zum Kinderhort und bezweckt lediglich, die Eltern stundenweise zu entlasten, nicht dagegen die Erziehung in der leiblichen Familie zu ersetzen.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup>Feil, RdJB 1976, 85

<sup>51</sup>Zenz, A 13

Innerhalb des Leistungsangebots der Jugendhilfe stellt die Tagespflege eine offene, die Erziehung in der eigenen Familie fördernde Maßnahme dar.<sup>52</sup> Oftmals wird mit dem Angebot an Tagespflegestellen die Unterbringung von Kindern berufstätiger Eltern in Heimen oder Dauerpflegestellen vermieden. Die Betreuung des Kindes in einer Tagespflegestelle ermöglicht den Eltern die Erwerbstätigkeit, die die finanzielle Sicherheit der Familie und ihre Unabhängigkeit von öffentlichen Leistungen gewährleistet. Völlig im Einklang mit der Nr. 16 Unterabsatz 3 der Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 09.12.1989<sup>53</sup> und dem derzeitigen Rollenverständnis vieler Frauen wird durch die Tagespflege selbst einer Mutter die Teilnahme am Erwerbsleben ermöglicht. Auch dem Kind bringt die Tagespflege regelmäßige Vorteile: Es kann die in seiner leiblichen Familie fehlenden Geschwister, Eltern- und Großelternanteile oder eventuell andere erwachsene Personen in der Pflegefamilie erleben.<sup>54</sup> Schließlich kann der soziale Kontakt zu Verwandten oder Nachbarn aktiviert werden.

Die *Wochenpflege* ist eine Hilfe zur Erziehung, die in der unvollständigen Aufzählung des § 27 II SGB VIII/KJHG nicht ausdrücklich genannt ist. § 25 III, Nr. 3 AGKJHG Berlin versteht darunter, die Pflege "für einzelne volle Tage der Woche". Sie wird häufig wegen beruflicher Verhinderung von Eltern jeweils für mehrere Tage, eventuell auch Nächte, in Anspruch genommen oder anders ausgedrückt: Sie ist eine Vollzeitpflege mit regelmäßigem Wochenendurlaub<sup>55</sup> und nicht selten Vorstufe zur Dauerpflege.<sup>56</sup>

Die *Kurzzeitpflege* ist gesetzlich ebenfalls nicht näher geregelt (§ 27 II SGB VIII/KJHG) und liegt insbesondere dann vor, wenn eine Familie fremde Kinder bei vorübergehender Verhinderung ihrer leiblichen Eltern, beispielsweise infolge Krankheit oder Reisen, für einige Wochen oder Monate bei sich aufnimmt. Das Problem liegt hier in der zeitlichen Grenzziehung.<sup>57</sup>

Alle drei genannten Formen von *Familienpflege* - sowohl die Tages- als auch die Wochen- als auch die Kurzzeitpflege - unterscheiden sich durch einen wesentlichen Aspekt von der *Dauerpflege* (§ 33 SGB VIII/KJHG), die auch Vollpflege genannt wird: Es ist beabsichtigt, daß die Herkunftsfamilie der Ort bleibt, von dem das Kind seinen Status gewinnt und mit dem es sich identifiziert.<sup>58</sup>

---

<sup>52</sup> BT-Drucksache 8/3685, S. 154; 5. Jugendbericht 1980

<sup>53</sup> EG-Kommission (Hrsg.), Die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, in: Stichwort Europa, 6/90; KOM (89) 248 endg. i.V.m. Art. 136 EGV i.d.F.d. Amsterdamer Vertrags v. 02.10.1997, BGBl. 1998 II, S. 387; Sartorius II, Nr. 190; Streinz, RnR 889, S. 255

<sup>54</sup> BT-Drucksache 8/3685, S. 154

<sup>55</sup> Jans/Happe/Saubier, § 33, 16 b

<sup>56</sup> Zenz, A 13

<sup>57</sup> Zenz, A 13/14

<sup>58</sup> Zenz, A 14

Dafür, daß sich die *Dauerpflege* bei den zuständigen Behörden im Laufe der Zeit zunehmender Beliebtheit erfreute, gibt es mehrere Gründe: Nachdem die Arbeitskraft der Kinder wegen der gesetzlichen Einschränkung der Kinderarbeit nicht mehr ausgenutzt werden konnte, galten Kinderheime als reiner Kostenfaktor, den es möglichst gering zu halten galt.

Daher lag insbesondere in wirtschaftlichen Krisenzeiten und bei aktuellen Engpässen der Rückgriff auf billigere Lösungen wie zum Beispiel die Familienpflege besonders nahe. Deshalb nahmen Kinderheime nur noch diejenigen Kinder auf, die weder für die eigene noch für eine fremde Familie "tragbar" erschienen, vor allem wegen körperlicher oder geistiger Behinderungen, sozialer Verhaltensauffälligkeiten oder seelischer Störungen.

Ende der sechziger Jahre verstärkte sich in vielen Kreisen der Jugendhilfe wie auch der Öffentlichkeit die Kritik an den pädagogischen Mängeln der Heimerziehung ganz erheblich. Sowohl die Fachwelt als auch die Öffentlichkeit forderten, die Heimerziehung schlechthin durch eine familiäre Erziehung aller Kinder zu ersetzen.

In der Folgezeit führten Kostengesichtspunkte in großem Umfang zu einer Verlagerung der öffentlichen Erziehung aus den Heimen in die Pflegefamilien. Dabei spielte neben der allgemeinen Verknappung öffentlicher Mittel die Steigerung der Kosten der Heimerziehung selbst eine Rolle;<sup>59</sup> denn die Kosten einer Heimunterbringung betragen gewöhnlich das Fünf- bis Siebenfache des an die Pflegeeltern gezahlten Pflegegeldes.<sup>60</sup> Dies wiederum beruhte insbesondere auf einer verbesserten personellen Ausstattung der Kinderheime. So kam zum Beispiel Ende der achtziger Jahre in vielen Kinderheimen eine Erzieherin auf je *zwei* Heimkinder.<sup>61</sup> Aus finanziellen Gründen waren daher die meisten Jugendämter bereits zuvor dazu übergegangen, Kinder erst dann in Heimen unterzubringen, nachdem sie an *drei* Pflegestellen gescheitert waren.<sup>62</sup>

Eine Unterart der Dauerpflege ist die *Adoptionspflege i.S.v. § 1744 BGB*. Inhaltlich gleicht sie der allgemeinen Familienpflege i.S.d. §§ 1630 III, 1632 IV BGB,<sup>63</sup> von der Zielsetzung her unterscheidet sie sich jedoch. Denn sie hat die Funktion einer Eingewöhnungszeit, um Fehlschläge bei der Adoption soweit wie möglich zu vermeiden,<sup>64</sup> dies insbesondere deshalb, weil das Adoptionsverhältnis gem. §§ 1760 ff BGB nur unter eng begrenzten

---

<sup>59</sup>Zenz, A 15

<sup>60</sup>Salgo, StAZ 1983, 99

<sup>61</sup>abi Berufswahl-Magazin 5/89, S. 25

<sup>62</sup>abi Berufswahl-Magazin 5/89, S. 26

<sup>63</sup>Staudinger-Frank, § 1744, 7

<sup>64</sup>Staudinger-Frank, § 1744, 9; BT-Drucksache 7/3061, S. 73

Voraussetzungen wieder aufgehoben werden kann.<sup>65</sup> Hinsichtlich der Dauer der Adoptionspflege kann der Zeitraum von einem Jahr als Regelfrist angesehen werden, wobei aber fallbezogene, an den möglichen Störungselementen orientierte Entscheidungen erforderlich sind. Daher sind bei älteren und bekannt schwierigen Kindern und solchen fremder Volkszugehörigkeit längere Zeiten angebracht.<sup>66</sup>

Die Adoptionsvermittlung wurde von den Jugendämtern forciert, weil der Kostendruck bereits die Familienpflege selbst wieder zu entwerten droht.<sup>67</sup>

## 2. Erfahrungen mit der Pflegefamilie

Heutzutage existieren verschiedene Formen von *Dauerpflegefamilien* nebeneinander, die sich jedoch nicht genügend klar voneinander abgrenzen lassen.<sup>68</sup> Teilweise sind diese Formen historisch gewachsen, teilweise bewußt initiiert. Die Praxis verbindet mit dem Begriff der Dauerpflege zunächst die jahrhundertealte Einrichtung der Einzelpflege oder heute die Normalpflegestelle in Abgrenzung zu anderen Formen der Fremdplazierung. Die Normalpflegestelle ist als Ersatz für die leibliche Familie auf gewöhnlich unbefristete Zeit konzipiert. Die Pflegeeltern sehen das Pflegeverhältnis meist als Quasi-Adoption an.

Die *soziale Herkunft* der Dauerpflegefamilien hat sich im Laufe der Zeit erheblich gewandelt.<sup>69</sup> Anfänglich nahmen sich primär arme, später kleinbürgerliche und Landfamilien der Erziehung von Pflegekindern an. Demgegenüber gehört heutzutage die Dauerpflegefamilie im statistischen Durchschnitt der Mittelschicht an. Sie lebt in geordneten Verhältnissen, ist aufstiegsorientiert und wohnt in einem eigenen oder angemieteten Einfamilienhaus.

In den *heilpädagogischen Pflegefamilien* gehören die Pflegeeltern oftmals pädagogischen oder sozialen Berufen an.<sup>70</sup> Dies liegt daran, daß die in heilpädagogischen Pflegestellen untergebrachten Kinder und Jugendlichen naturgemäß höhere Anforderungen an die pädagogische Kompetenz der Pflegeeltern stellen.

Im täglichen Umgang mit den Pflegekindern fühlen sich Pflegeeltern häufig mit erheblichen *Problemen* konfrontiert. Zu den innerfamiliären Problemen der Pflegefamilie, die sich nicht von denen anderer Familien unterscheiden, kommt die Tatsache hinzu, daß die Pflegeeltern gewöhnlich aus einer anderen sozialen Schicht stammen als die leiblichen Familien. Daher verfügen Pflegeeltern und Pflegekinder über keine gemeinsamen

---

<sup>65</sup>Beitzke/Lüderitz, § 33 III 1, S. 358

<sup>66</sup>Gernhuber/Coester-Waltjen, § 68 I, S. 1095

<sup>67</sup>Zenz, A 18

<sup>68</sup>BT-Drucksache 8/3685, S. 159

<sup>69</sup>BT-Drucksache 8/3685, S. 159; 5. Jugendbericht

<sup>70</sup>BT-Drucksache 8/3685, S. 159; 5. Jugendbericht

biographischen Erfahrungen mit der Folge, daß die Abstimmung von Bedürfnissen und Erwartungen erschwert ist.<sup>71</sup>

Die regelmäßig hohen Anforderungen an das erzieherische Geschick der Pflegeeltern führen - im Zusammenspiel mit Überforderung, Ängstlichkeit im Umgang miteinander, überhöhten Leistungsanforderungen an das Kind, Drohungen mit der Rückgabe in das Heim und Dankbarkeitserwartungen - zu *relativ hohen Abbruchquoten*.<sup>72</sup> Häufig verschärft sich diese Situation im Jugendalter noch, vor allem dann, wenn altersspezifische Ablösungen des Jugendlichen von den Pflegeeltern als deren Zurückweisung angesehen werden.

Dennoch gelingt bei etwa der Hälfte der Pflegekinder die Integration.<sup>73</sup> Diese Integration dokumentiert sich für eine relativ hohe Zahl von Kindern, die allerdings unter 20 % liegt, in der *Adoption durch die Pflegeeltern*.

Darüber hinaus wäre eine ansehnliche Zahl von Pflegeeltern zur Adoption geneigt, würden dem nicht rechtliche oder finanzielle Gründe entgegenstehen.

Pflegeeltern haben häufig ein *gespaltenes Elternbewußtsein*.<sup>74</sup> In ihrer Arbeit sind sie getragen von der Überzeugung, daß die Selbstverständlichkeit des Lebens in der Familie für Pflegekinder zahlreiche Vorteile insbesondere im Vergleich zu einer professionell-institutionellen Heimerziehung bietet. Zumindest nach der Überwindung der anfänglichen Schwierigkeiten sehen Pflegeeltern die Pflegekinder wie eigene Kinder, suchen ihr Familienleben unter den neuen Gegebenheiten neu zu gestalten, trennen sich von bisherigen Gewohnheiten und nehmen sogar Auseinandersetzungen sowohl mit ihren leiblichen Kindern als auch untereinander in Kauf. Für *Sonderpflegeeltern mit behinderten Kindern* stellt sich bisweilen sogar die Frage, ob sie wegen der Pflegekinder die Ehe aufs Spiel setzen müssen.

Das Gelingen von Pflegeverhältnissen erfordert sorgfältige Planungen und vielfältige Unterstützungen durch das Jugendamt. Die Pflegevermittlung gelingt am ehesten, wenn viele Bewerberfamilien zur Verfügung stehen (was die Erfüllung unterschiedlicher Pflegewünsche ermöglicht), wenn unter Pflegekindern und Pflegeeltern soweit möglich, mittels Psycho-Tests, nach geeigneten Paarungen gesucht werden kann, wenn Pflegeeltern Gelegenheit zur Vorbereitung und zum Kennenlernen der Pflegekinder und ihrer leiblichen Eltern haben. Bedauerlicherweise gibt es nach wie vor eher schnell und rein formal arrangierte Pflegeverhältnisse. Verwaltungs- und Kontrollinteressen haben immer noch großen Einfluß auf die Amtshandlungen. Demgegenüber steht Beratung in Erziehungsschwierigkeiten und insbesondere Krisensituationen häufig nur unzureichend zur Ver-

---

<sup>71</sup>BT-Drucksache 8/3685, S. 160; 5. Jugendbericht

<sup>72</sup>BT-Drucksache 8/3685, S. 160; 5. Jugendbericht

<sup>73</sup>BT-Drucksache 8/3685, S. 160; 5. Jugendbericht

<sup>74</sup>BT-Drucksache 11/6576, S. 150; 8. Jugendbericht

fügung. Während heutzutage in der Heimerziehung ein erheblicher Beratungs- und Überwachungsaufwand üblich ist, müssen Pflegeeltern in häufig schwer zumutbarer Weise diese Probleme entweder allein oder mit Hilfe von *Pflegeeltern-Selbsthilfegruppen* bewältigen. In diesem Zusammenhang überrascht es, wenn die Fachliteratur die Abbruchquote von Pflegeverhältnissen immer wieder auf Probleme der Pflegeeltern und nicht auf die mangelnde Unterstützung durch die professionelle Jugendhilfe zurückführt. Zum Ausgleich dieser Defizite werden zunehmend *Weiterbildungsmöglichkeiten*, Beratung und Gruppenarbeit angeboten. Allmählich entstehen im Umgang zwischen Pflegepersonen und Mitarbeitern der Jugendhilfe, d.h. zwischen Nicht-Professionellen und professionellen Erziehern und Erzieherinnen, Formen einer neuen Kollegialität.

## F. Organisation der Dauerpflege

Die Organisation der Dauerpflege zeichnet sich ebenso wie generell die Organisation der sozialen Dienste der Jugendämter durch die *Vielfalt* aus.<sup>75</sup> Die Ursachen hierfür liegen im Charakter der Jugendhilfe als Selbstverwaltungsaufgabe, d.h. *Aufgabe im eigenen Wirkungskreis der Landkreise und kreisfreien Gemeinden*.<sup>76</sup> Daher unterliegen die für die Jugendhilfe zuständigen kommunalen Körperschaften lediglich der staatlichen *Rechtsaufsicht*.<sup>77</sup> Sie ist nach der Legaldefinition in Art. 109 I BayGO und 95 LKrO darauf beschränkt, die Erfüllung der gesetzlich festgelegten und übernommenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben und Verpflichtungen der Kommunen und die Gesetzmäßigkeit ihrer Verwaltungstätigkeit zu überwachen.<sup>78</sup> Die Handhabung des kommunalen Verwaltungsermessens darf die Rechtsaufsicht anders als die Fachaufsicht in Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises nicht kontrollieren.<sup>79</sup>

Dies hat einen erheblichen Gestaltungsspielraum der Kommunen im gesamten Bereich der Jugendhilfe und damit auch des Pflegekinderwesens zur Folge. Von diesem Gestaltungsspielraum machen die einzelnen Kommunen erwartungsgemäß in deutlich unterschiedlicher Weise Gebrauch. Teilweise betrauen sie caritative Vereine und Verbände mit der Wahrnehmung von Aufgaben des Pflegekinderwesens, teilweise nehmen sie selbst "das Heft in die Hand".<sup>80</sup> Im letzteren Fall hängt die Organisation der Betreuung von Pflegekindern naturgemäß vom Arbeitsanfall, d.h. von der von Ort zu Ort stark

<sup>75</sup> BT-Drucksache 8/3685, S. 159; 5. Jugendbericht

<sup>76</sup> in Bayern gem. Art. 3 I BayKJHG i.V.m. § 85 I SGB VIII/KJHG; Steiner-Seewald, S. 40, Rnr 102 u. S. 42/43, Rnr 110

<sup>77</sup> Steiner-Seewald, S. 127/128, Rnr 282

<sup>78</sup> Knemeyer, S. 240, Rnr 313

<sup>79</sup> Knemeyer, S. 244, Rnr 319

<sup>80</sup> BT-Drucksache 8/3685, S. 160; 5. Jugendbericht

schwankenden Anzahl der zu betreuenden Pflegekinder ab.<sup>81</sup>

Ende der 70er Jahre unterhielt nur eine *Minderheit der Jugendämter eine eigene Stelle* oder gar eine eigene Abteilung für das Pflegekinderwesen. Es überrascht in diesem Zusammenhang nicht, daß solche Stellen oder Abteilungen eher in den Lage sind, die Pflegeeltern in professioneller Weise zu beraten als Mitarbeiter anderer Jugendämter, denen neben dem Pflegekinderwesen noch mehrere weitere Aufgabenbereiche obliegen.

Der erhebliche Gestaltungsspielraum der Kommunen hat auch auf die *Bezahlung der Pflegefamilien* beträchtliche Auswirkungen;<sup>82</sup> sie richtet sich nach verschiedenen Konzepten und ist regional unterschiedlich. Auch die Einteilung in Normal- und Sonderpflegestellen (für besonders belastete Kinder) erfolgt nach unterschiedlichen Kriterien mit der Folge, daß zum Teil auch in "normalen" Pflegestellen besonders schwierige Kinder untergebracht sind.

#### **G. Die psychische Gefährdung von Kindern und Jugendlichen durch den Wechsel der Pflegeperson, ein Kernproblem des Pflegekinderwesens**

Im Laufe der Diskussion über das Verhältnis von Pflegeeltern und leiblichen Eltern entstand der Begriff der faktischen Elternschaft im Gegensatz zur rechtlichen Elternschaft.<sup>83</sup> Bei Streit um das Kind sollten nach Meinung von Psychologen die *faktischen* Eltern im Interesse des Kindeswohls den *Vorrang* haben. Doch was ist mit den Begriffen gemeint?

Im Normalfall werden die biologischen Eltern mit den rechtlichen Eltern gleichgesetzt. Können oder wollen sie ihre Elternaufgaben auf Dauer nicht wahrnehmen, so müßten Personen gefunden werden, die sich anstelle der biologischen Eltern tatsächlich um die Kinder kümmern. Solche Personen werden Pflegeeltern oder *faktische* Eltern genannt. Deren Vorrangstellung begründen die Psychologen wie folgt:

Die Bindung des Kindes zu seinen - auch lediglich faktischen - Eltern *entsteht* im täglichen Zusammenleben, in der täglichen Befriedigung der kindlichen Bedürfnisse nach Nahrung, Pflege, körperlichem und seelischem Kontakt. Das neugeborene Kind besitzt die Bereitschaft, die elementare Eltern-Kind-Beziehung zu jedem Menschen herzustellen, der die Elternfunktion in der hier beschriebenen Weise übernimmt. Heute sind sich alle mit

---

<sup>81</sup> BT-Drucksache 8/3685, S. 160, 5. Jugendbericht

<sup>82</sup> BT-Drucksache 11/6576, S. 150; 8. Jugendbericht

<sup>83</sup> Goldstein/Freud/Solnit, Jenseits des Kindeswohls; Knöpfel, FamRZ 1983, S. 317 - 331



menschlicher Entwicklung befaßten Wissenschaften darüber einig, daß ein Kind keinesfalls auf seine biologischen Eltern fixiert ist.

Schon im Laufe des ersten Lebensjahres erhält die Eltern-Kind-Beziehung eine spezifische Ausprägung durch die allmähliche Herausbildung ganz bestimmter, von Persönlichkeit und Lebensumständen der Eltern sowie durch die Konstitution des Kindes geprägter Interaktionsmuster. Ein zunehmend differenziertes Raster, in das reifungsbedingte "Neuerwerbungen" des Kindes (Bewegungs-, Ausdrucks-, Verstehensweisen) eingeordnet werden können, wird geschaffen durch Verhaltensweisen in der Alltagsroutine, Ausdrucksformen von Freude, Schmerz, Überraschung und Angst, die beiderseits verstanden werden. Dies hat zur Folge, daß die jeweilige Entwicklung in die Persönlichkeit integrierbar ist.<sup>84</sup>

In der gleichen Weise wie von biologischen Eltern muß elterliche Verantwortung von Pflegeeltern im Umgang mit dem Kind erarbeitet und erlebt werden. Der Zeitfaktor spielt hierbei eine ebenso bedeutsame Rolle wie die Erziehungseignung der Erwachsenen und ist auch vom Alter des Kindes abhängig. In der ersten Identifikationsphase des Kindes ab dem Alter von sechs bis sieben Monaten genügen wenige Monate für die Entstehung des faktischen Eltern-Kind-Verhältnisses.<sup>85</sup>

Ein Kind kann sich nur dann in körperlicher, geistiger und psychischer Hinsicht normal entwickeln, wenn es etwa ab dem Alter von sechs Monaten in der dauernden persönlichen Verbundenheit mit dem *gleichen* erwachsenen Menschen aufwachsen kann.<sup>86</sup>

Ein *Abbruch* der Eltern-Kind-Beziehung in den ersten Lebensjahren entzieht dem Kind die Grundlage für seine Orientierung für die Welt und sich selbst und schädigt dadurch die kindliche Entwicklung. Die Auswirkungen wiegen um so schwerer, je stärker das Kind auf diese Orientierung noch angewiesen ist zur Aufrechterhaltung eines Grundsicherheitsgefühls oder "Urvertrauens", das Vorbedingung für die bestmögliche Bewältigung aller nachfolgenden Entwicklungsschritte ist. Diese starke Trennungsempfindlichkeit sinkt mit steigender Selbständigkeit, d.h. mit der zunehmenden Beherrschung von Fähigkeiten, die die Abhängigkeit des Kindes in seinem Selbstwertgefühl von der Mutter verringern: Kontrolle über den Körper, Laufen, Sprechen, Gedächtnis, Spannungstoleranz. Generell wird eine besondere Trennungsempfindlichkeit für Kinder zwischen etwa einem halben Jahr und sieben Jahren festgestellt, mit einer besonders sensiblen Phase zwischen einem halben Jahr und drei Jahren.<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup>Zenz, A 34

<sup>85</sup>Dickmeis, DAV 1980, 45, 49

<sup>86</sup>Fahrenhorst, FamRZ 1996, S. 459, Fn 85; LG Frankenthal, FamRZ 1984, S. 509, 510

<sup>87</sup>Zenz, A 35

Für ein Kind in dieser hochsensiblen Phase, dem man seine Mutter wegnimmt und ihm eine andere zuweist, sind die seelischen Folgen vergleichbar gravierender als sie für einen Ehemann wären, dem man seine langjährige Ehefrau wegnähme und ihm eine unbekannte Ehefrau zuwiese. Durch die Inpflegegabe zerfällt in einer Vielzahl von Pflegeverhältnissen die personelle Substanz des Kindschaftsverhältnisses gegenüber den leiblichen Eltern und entfaltet sich gegenüber den Pflegeeltern.<sup>88</sup> Eine Delegation der Kindererziehung auf Dritte (Pflegeeltern) für längere Zeit bringt daher zwangsläufig auch die Gefahr und die große Wahrscheinlichkeit eines Verlustes von elterlichem Einfluß und schließlich auch eine Relativierung der Elternrechtsposition.<sup>89</sup> Des weiteren ist die Gefahr einer "schleichenden" (inneren) Entfremdung gegenüber den biologischen Eltern, die nur noch zu Besuch kommen, ungleich größer als bei Erwachsenen, selbst wenn dabei gelegentlich die Rückkehr des Kindes in die Familie angesprochen wird.<sup>90</sup>

Die Entfremdung eines Kindes von seinen biologischen Eltern erfolgt um so schneller, je jünger das Kind zum Zeitpunkt der Inpflegegabe ist:

Ein Kind, das zum Zeitpunkt der Unterbringung maximal drei Jahre alt war, entwickelt bereits nach einem Jahr stärkere Bindungen zu seiner langzeitigen Bezugsperson als zu seinen abwesenden Eltern, ein maximal sechsjähriges Kind nach circa zwei Jahren.<sup>91</sup> Bei Kindern im Alter bis zwölf Jahren tritt eine derartige Entwicklung gewöhnlich nach drei Jahren ein.<sup>92</sup> Das Zeitgefühl eines Kindes gleicht sich erst mit der Pubertät dem des Erwachsenen an.<sup>93</sup>

Ob Bezugspersonen aus der Sicht des Kindes bereits zu faktischen Eltern geworden sind, läßt sich im Einzelfall nicht eindeutig beurteilen; denn eine starre Unterscheidung von Bezugspersonen, die faktische Eltern sind, von anderen Personen, ist wegen der fließenden Übergänge wirklichkeitsfremd.<sup>94</sup>

Statt dessen muß immer auf die konkrete Qualität der jeweiligen Beziehung abgestellt werden; gewöhnlich besteht nur eine mehr oder weniger unvollkommene Annäherung an ein echtes Eltern-Kind-Verhältnis.

Der *Grad der Gefährdung des Kindeswohls*, der durch einen Wechsel der Pflegeperson

---

<sup>88</sup>Schwab, A 112

<sup>89</sup>Salgo, StAZ 1983, 93

<sup>90</sup>Zenz, A 36

<sup>91</sup>Salgo, StAZ 1983, 93, 96

<sup>92</sup>Siedhoff, NJW 1994, 616, 618

<sup>93</sup>Zenz, A 37

<sup>94</sup>Knöpfel, FamRZ 1983, 331

entsteht, wird nach Ansicht von Lampp, Yarrow und Schmalohr auch durch folgende Faktoren beeinflusst:

- Verhältnis des Kindes zur bisherigen Pflegeperson;
- Qualität der bisherigen Pflege;
- Dauer der bisherigen Pflege;
- frühere Trennungserfahrung;
- Vollständigkeit der Trennung;
- Behutsamkeit der Umgewöhnung.<sup>95</sup>

Eine *traumatische Trennung* schädigt die kindliche Entwicklung gewöhnlich nachhaltiger als die psychische Struktur Erwachsener; denn alle nachfolgenden Entwicklungsschritte können nur in dem Maß gelingen, wie die früheren Schritte die Vorbedingungen hierfür geschaffen haben. Eine Traumatisierung kann sich aufgrund der wechselseitigen Abhängigkeit der kindlichen Entwicklung im affektiven und kognitiven Bereich, in körperlichen und seelischen Funktionen, in der Prägung von Selbstbewußtsein, sozialer Beziehungsfähigkeit und Gewissensbildung vielfältige Wirkungen in zahlreichen Bereichen der kindlichen Entwicklung zeigen:<sup>96</sup> Diese Wirkungen werden häufig noch nicht sofort nach der Verpflanzung offenkundig, sondern treten erst lange Zeit in Form von *Spätschäden* hervor. Die Gefährdung besteht auch dann, wenn die Verpflanzung in einem Alter stattfindet, in dem das Langzeitgedächtnis des Kindes noch nicht auf Dauer beliebig abrufbar ist.<sup>97</sup>

Zu den möglichen *psychischen Schäden* gehören neben Störungen im Selbstwertgefühl und in der Beziehungsfähigkeit auch Lernstörungen und psychosomatische Erkrankungen.<sup>98</sup> Bei ausländischen Kindern kann der Trennung vom einheimischen Kulturkreis neben einer starken Entfremdung auch der Verlust der Muttersprache folgen.<sup>99</sup>

Die genannten psychologischen Erkenntnisse zeigen, daß Elternschaft mehrdimensional ist, d.h. ihren ersten Grund in der biologischen Abstammung und ihren zweiten Grund in einer "geistig-sozialen Beziehung" zwischen Eltern und ihrem Kind hat.<sup>100</sup> Ferner zeigen sie, daß das Kindeswohl im Einzelfall ernstlich gefährdet werden kann, wenn man der rechtlichen Elternschaft uneingeschränkten Vorrang gegenüber der faktischen Elternschaft einräumt.

---

<sup>95</sup>Knöpfel, FamRZ 1983, 320

<sup>96</sup>Zenz, A 35

<sup>97</sup>Klußmann, DAV 1985, 212

<sup>98</sup>Zenz, A 35; vgl. Ingeborg Bayer, S. 18 und 21

<sup>99</sup>Fahrenhorst, FamRZ 1996, 460, Fn 88; OLG Düsseldorf, NJW 1995, 1291, 1292

<sup>100</sup>Salgo, StAZ 1983, 91

Einen Ausweg aus dem Dilemma könnten daher die folgenden Überlegungen weisen: Sinnvoll erschiene es, wenn das Problem nicht aus der Sicht des ursprünglich Gewollten, sondern aus der Sicht des schließlich Gewordenen gelöst würde.<sup>101</sup> Die Frage, ob die leiblichen Eltern früher oder jetzt ein Vorwurf trifft oder ihnen ein Versagen zur Last zu legen ist, hätte in diesem Zusammenhang außer Betracht zu bleiben, da sie zu sachfremden Erwägungen verleitet. Falls der Sorgeberechtigte, egal aus welchen Gründen, sein Kind anderen zur Pflege anvertraut und das Pflegeverhältnis mehrere Jahre bestanden hat, kann hieraus eine Beziehung entstanden sein, die in ihren psychologischen Elementen einer guten Eltern-Kind-Beziehung gleichkommt.<sup>102</sup> Der ursprüngliche Zustand sollte dann nicht wiederhergestellt werden. Um dem Kind ein Maximum an Geborgenheit zu garantieren, wäre an eine erleichterte Form der Adoption durch die faktischen Eltern zu denken.

## **H. Das Pflegeverhältnis im Spiegel der Statistik**

Es gibt keine Statistiken über die Anzahl von Dauerpflegekindern<sup>103</sup> und keine über die Anzahl der Kinder in Adoptionspflege, sondern nur über die Anzahl von Minderjährigen in Vollzeitpflege i.S.v. § 33 SGB VIII/KJHG.<sup>104</sup> Als Vollzeitpflege i.S.v. § 33 SGB VIII versteht man Hilfe zur Erziehung. Eingliederungshilfen für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche und Hilfe für junge Volljährige.

Nach dem Statistischen Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1997, S. 481, lebten am 31.12.1995 im Bundesgebiet 45.735 Minderjährige in Familienpflege nach dem SGB VIII/KJHG, davon 11.178 (= 24,4 %) bei Großeltern oder anderen Verwandten. Gleichzeitig betrug die Zahl der Minderjährigen im Bundesgebiet insgesamt ca. 15.902.600.<sup>105</sup> Folglich befanden sich ca. 0,29 % aller Minderjährigen in Familienpflege nach dem SGB VIII/KJHG.

Aufgrund von Schätzungen für das Jahr 1976 gab die Bundesregierung die Zahl der Dauerpflegekinder im damaligen Bundesgebiet mit 4 pro 1.000 Minderjährigen an.<sup>106</sup> Die Zahl der Dauerpflegekinder im derzeitigen Bundesgebiet wurde vor wenigen Jahren auf 60.000 bis 70.000 geschätzt,<sup>107</sup> was wiederum einem Anteil von 4 ‰ der Gesamtzahl der

---

<sup>101</sup>Schwab, A 119

<sup>102</sup>OLG Karlsruhe v. 04.12.1978; Salgo, StAZ 1983, S. 95, Fn 61 und S. 98, Fn 91

<sup>103</sup>Baer, FamRZ 1982, 221

<sup>104</sup>Staudinger-Salgo, § 1632, 62

<sup>105</sup>Staudinger-Salgo, § 1632, 62

<sup>106</sup>BT-Drucksache 8/3685, S. 158; 5. Jugendbericht

<sup>107</sup>Wagner, FuR 1994, 219

Minderjährigen entspricht.

Dem achten Jugendbericht<sup>108</sup> ist zu entnehmen:

Pflegekinder werden hauptsächlich im Alter bis zu zehn Jahren vermittelt. Jedes zweite Kind war vorher in einem Erziehungsheim. Regional unterschiedlich scheitern zwischen 5 - 35 % der Pflegeverhältnisse. Circa 7 % der Dauerpflegekinder sind Ausländer, circa 60 % der Pflegekinder bleiben in der Pflegefamilie, die durchschnittlich fünf bis sechs Personen zählt.

Nach einem Auszug aus der Jugendhilfestatistik zum 31.12.1996, den mir das Jugendhilfereferat des Bayer. Staatsministeriums für Arbeit, Sozialordnung, Familie, Frauen und Gesundheit, Oberste Landesjugendbehörde, auf Anfrage übersandt hat, betrug der Aufwand des Freistaats Bayern für die Tagespflege von 6.995 Kindern im Kalenderjahr 1996 20,97 Mio. DM. Der Aufwand 1996 für die Hilfe in Pflegefamilien (Vollzeitpflege) für 5.249 Minderjährige und 104 Volljährige (Stichtag: 31.12.1996) betrug 90,07 Mio. DM.

Laut dem Statistischen Jahrbuch der Bundesrepublik Deutschland 1997<sup>109</sup> wurden 1995 7.969 Minderjährige, also 0,5 ‰ aller Minderjährigen adoptiert.

Professor Mnookin wies auf Forschungsergebnisse in den USA hin,<sup>110</sup> wonach 40 - 50 % oder mehr der Dauerpflegekinder Symptome von Fehlentwicklungen zeigten, die wohl auf das Trennungstrauma und die Außenseiter-Rolle von Pflegekindern in den Pflegefamilien zurückzuführen sind.

---

<sup>108</sup> BT-Drucksache 11/6576, S. 149

<sup>109</sup> Stat. Jahrbuch 1997, S. 483

<sup>110</sup> Mnookin, FamRZ 1975, 5

## I. Definition und Abgrenzung der Begriffe "Pflegekind", "Pflegeperson" und "Familienpflege"

Es gibt keinen einheitlichen Pflegekinderbegriff für alle Rechtsgebiete.<sup>111</sup> Entsprechend dem Zweck und der Zielsetzung der einzelnen Gesetze verwenden sie die Begriffe unterschiedlich, zum Teil definieren sie ihn selbst, zum Teil verweisen sie auf bereits bestehende Regelungen oder legen sie ihn unterschiedlich aus. auch die Altersgrenzen sind uneinheitlich. Jedoch führte die Rechtsprechung zum Einkommensteuergesetz und später zum Kindergeldgesetz zu einer wesentlichen Vereinheitlichung des Pflegekindbegriffs in diversen Teilbereichen.<sup>112</sup>

Für das Einkommensteuerrecht definiert die in § 32 I, Nr. 2 *EStG* kodifizierte Rechtsprechung den Begriff "*Pflegekind*" wie folgt:

Es handelt sich um Personen,

- mit denen der Steuerpflichtige (die Pflegeperson) durch ein familienähnliches,
- auf längere Dauer berechnetes Band verbunden ist,
- sofern er sie in seinen Haushalt aufgenommen hat,
- das Obhuts- und Pflegeverhältnis zu den leiblichen Eltern nicht mehr besteht
- und der Steuerpflichtige sie mindestens zu einem nicht unwesentlichen Teil auf seine Kosten unterhält.

Die letzte Voraussetzung ist nur dann erfüllt, wenn entweder das Entgelt die Unterhaltskosten nicht deckt oder der Steuerpflichtige für die Unterbringung und seine Betreuungsdienste nicht nach marktwirtschaftlichen Kriterien entlohnt wird.<sup>113</sup> § 32 II 2 *EStG* ergänzt: "Ist ein im ersten Grad mit dem Steuerpflichtigen verwandtes Kind zugleich ein Pflegekind, ist es vorrangig als Pflegekind zu berücksichtigen".

§ 11 I, Nr. 1 *StGB* umgrenzt den Kreis der Angehörigen und zählt unter lit. b) *Pflegeeltern und Pflegekinder* dazu. Wie Rechtsprechung und Literatur feststellen, bedient sich das Strafrecht eines eigenständigen Pflegekinderbegriffs.<sup>114</sup> Dort bedeutet der Begriff Pflegekindschaftsverhältnis ein tatsächliches Verhältnis, das dem Verhältnis zwischen Eltern und leiblichen Kindern so stark ähnelt, daß es wie dieses eine dauerhafte, sittlich gleichwertige Verbindung zwischen den Verbundenen schafft.<sup>115</sup> Ein Pflegeelternverhältnis im straf-

---

<sup>111</sup>Feil, RdJB 1976, 70, 84

<sup>112</sup>Feil, RdJB 1976, 70, 84

<sup>113</sup>BFH-Urteil v. 12.06.1991, BStBl. 1992 II, S. 20

<sup>114</sup>Oberloskamp, S. 49

<sup>115</sup>Oberloskamp, S. 49

rechtlichen Sinn muß eine sittliche Unterordnung zur Folge haben.<sup>116</sup> Ein derartiges Verhältnis liegt bei einer Familienpflege im Sinn von § 1630 III BGB regelmäßig vor.<sup>117</sup> Eine Beendigung des eigentlichen Pflegeverhältnisses, beispielsweise infolge der *Eheschließung des Pflegekinds*, läßt das Pflegekindschaftsverhältnis als solches unberührt, wenn die persönlichen Beziehungen fortbestehen.<sup>118</sup> Das strafrechtliche Pflegekindschaftsverhältnis kennt *keine Höchstaltersgrenze*.

Das BKGG definiert in seinem § 2 I, Nr. 2 die *Pflegekinder* als Personen,

- mit denen der Berechtigte durch ein familienähnliches,
- auf längere Dauer berechnetes Band verbunden ist,
- sofern er sie in seinem Haushalt aufgenommen hat
- und mindestens zu einem nicht unwesentlichen Teil auf seine Kosten unterhält
- und ein Obhuts- und Pflegeverhältnis zwischen diesen Personen und ihren Eltern nicht mehr besteht.

Dieser Pflegekinderbegriff wird nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) dahingehend konkretisiert, daß es tatsächlicher Umstände bedarf, die sich durch ein "*Aufsichts-, Betreuungs- und Erziehungsverhältnis*" zwischen Pflegekind und Pflegeeltern auszeichnen.<sup>119</sup> Das Pflegekindverhältnis muß einem Eltern-Kind-Verhältnis ähneln, es sei denn, es handelt sich bei den Pflegepersonen um *Großeltern oder Geschwister* des Kindes. Folglich scheidet ein Pflegeverhältnis aus, falls eine ältere, betreuungsbedürftige Person in einen fremden Haushalt aufgenommen wird.<sup>120</sup> Wenngleich das BKGG ein Pflegekindverhältnis nur dann anerkennt, wenn ein Obhuts- und Pflegeverhältnis zwischen den Pflegekindern und ihren leiblichen Eltern nicht mehr besteht, braucht die *Verbindung zu den leiblichen Eltern nicht vollständig abgebrochen* zu sein. Ob die biologischen Eltern das Kind selbst in der Pflegestelle untergebracht oder das Pflegeverhältnis unter Vermittlung des Jugendamts begründet wurde, besitzt in diesem Zusammenhang keine Bedeutung. Auf *längere Zeit* ist das Band grundsätzlich lediglich dann berechnet, falls der Aufenthalt mehrere Jahre dauert. Daher entsteht im Fall der Aufnahme von von ihren Eltern im Stich gelassenen Volljährigen keine auf längere Zeit berechnete familiäre Verbindung in häuslicher Gemeinschaft.<sup>121</sup> Hingegen ist eine *zeitliche Beschränkung* der Dauer *unschädlich*.

<sup>116</sup> Dreher/Tröndle, § 11, 10; RGSt 58, 61 und 70, 324

<sup>117</sup> Dreher/Tröndle, § 11, 10; RGSt 41, 198

<sup>118</sup> Oberloskamp, S. 49; Feil, RdJB 1976, 70, 82

<sup>119</sup> BSGE 13, 265; 17, 265; 20, 26; Feil, RdJB 1976, 70, 74

<sup>120</sup> BVerwG, FamRZ 1985, 183; Oberloskamp, S. 38, Fn 66

<sup>121</sup> BSG, FamRZ 1983, 478; Oberloskamp, S. 38, Fn 68

§ 4 I, Nr. 7 WoGG rechnet zu den Familienangehörigen "Pflegekinder ohne Rücksicht auf ihr Alter und Pflegeeltern".

Das Wohngeldgesetz (WoGG) und *andere Sozialleistungsgesetze* bedienen sich eines dem BKGK vergleichbaren Pflegekinderbegriffs.<sup>122</sup>

Aus der Sicht des SGB VIII/KJHG ist eine *Pflegeperson*, wer ein Kind oder einen Jugendlichen außerhalb des Elternhauses regelmäßig betreuen oder ihm Unterkunft gewähren will (§ 44 I 1 SGB VIII/KJHG).

Das Tatbestandsmerkmal "*außerhalb des Elternhauses*" muß funktionell und nicht örtlich interpretiert werden, denn die Familienpflege kann zwar in einem von den Eltern bewohnten Haus durch dritte Personen erfolgen, sie muß aber anders als die Tagespflege gem. § 23 I, F. 2 SGB VIII/KJHG außerhalb des elterlichen Haushalts stattfinden.<sup>123</sup>

Das Tatbestandsmerkmal "*regelmäßig*" setzt eine sich an bestimmten Tagen, zu bestimmten Zeiten wiederkehrende Tätigkeit voraus.<sup>124</sup>

"*Betreuen*" bedeutet sich kümmern. Unterkunftsgewährung und Betreuung schließen sich nicht gegenseitig aus; in einer Pflegestelle fällt regelmäßig beides zusammen.<sup>125</sup>

Aus der Verwendung des Wortes "*will*" folgt sowohl, daß die Pflege Tätigkeit noch nicht begonnen zu haben braucht, als auch, daß die Eigenschaft als Pflegeperson nicht auf der Erteilung und Pflegeerlaubnis beruht. Die Erlaubnis wird erst erteilt, nachdem das Jugendamt von dem konkreten Willen der Pflegeperson durch deren Antrag erfahren hat. Den Status einer Pflegeperson kann man allein durch die vorangehende Vereinbarung mit dem Inhaber der Personensorge erwerben.<sup>126</sup>

Der *Kreis der möglichen Pflegepersonen* im Sinn von § 44 SGB VIII/KJHG stimmt mit demjenigen bei der Tagespflege gem. § 23 SGB VIII/KJHG und jenem bei den Arten der Familienpflege im ersten Unterabschnitt "Hilfe zur Erziehung" gem. § 32 ff SGB VIII/KJHG überein. Auch Verwandte (Großeltern oder Stiefeltern) des Kindes kommen als Pflegeeltern in Betracht;<sup>127</sup> dies folgt aus § 44 I 2, Nr. 3, F. 1 SGB VIII/KJHG, der die Pflege bei Verwandten nicht vom Begriff der Familienpflege, sondern lediglich von der Erlaubnispflicht gem. § 44 I 1 SGB VIII/KJHG ausnimmt.

---

<sup>122</sup>Oberloskamp, S. 44

<sup>123</sup>Jans/Happe/Saubier, § 44, 14

<sup>124</sup>Jans/Happe/Saubier, § 44, 20

<sup>125</sup>Jans/Happe/Saubier, § 44, 17 und 18

<sup>126</sup>Jans/Happe/Saubier, § 44, 15

<sup>127</sup>Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 39



Das Wort "*wer*" in § 44 I 1 SGB VIII/KJHG erfaßt sowohl einzelne Pflegepersonen als auch Pflegeelternpaare.<sup>128</sup>

Ungeachtet der unterschiedlichen Formulierungen stimmen die Begriffe "Pflegeperson" (§ 44 SGB VIII/KJHG) und "Pflegefamilie" (§ 33 SGB VIII/KJHG) überein.<sup>129</sup>

Zwischen der Definition in § 2 I 1, Nr. 2 BKGG und der Definition in § 44 I 1 SGB VIII/KJHG, wonach grundsätzlich einer Erlaubnis bedarf, wer ein Kind oder einen Jugendlichen außerhalb des Elternhauses in seiner Familie regelmäßig betreuen oder ihm Unterkunft gewähren will, bestehen zwei bedeutsame Unterschiede:

- Während nach dem BKGG ein Pflegeverhältnis eine familienähnliche, auf längere Zeit hin angelegte Verbindung erfordert, läßt das SGB VIII/KJHG auch eine kürzere, allerdings regelmäßige Unterbringung genügen, wenn diese *länger als acht Wochen* dauert, und zwar auch dann, wenn sich das Kind lediglich einen Teil des Tages in der Pflegestelle aufhält.
- Auch Kinder, für deren Betreuung es gem. § 44 I S. 2 SGB VIII/KJHG keiner Pflegeerlaubnis bedarf, können bei Vorliegen der sonstigen in § 2 I, Nr. 2 BKGG aufgezählten Erfordernisse Pflegekinder im Sinn des BKGG darstellen. Dies besitzt vor allem im Fall der Familienpflege bei Verwandten eine praktische Bedeutung.<sup>130</sup>

Das *BGB* definiert bis zum heutigen Tag weder die mit der Sorgerechtsreform 1979 mit den §§ 1630 III und 1632 IV eingeführten und jeweils mit der gleichen Bedeutung verwendeten Begriffe "Familienpflege" und "Pflegeperson"<sup>131</sup> noch erwähnt es den Begriff "Pflegekind".<sup>132</sup> In dem am 01.07.1998 in Kraft getretenen Kindschaftsrechtsreformgesetz verwendet es die genannten Begriffe erneut und, soweit ersichtlich, mit der gleichen Bedeutung.<sup>133</sup> Daher muß der Rechtsanwender selbst eine Begriffsbestimmung finden, die sowohl den Anforderungen der §§ 2 und 1626 BGB als auch der Intention der §§ 1630, 1632, 1684, 1685 und 1688 BGB n.F. gerecht wird.

Der Rechtsanwender kann aber die Definitionen aus den anderen Rechtsgebieten nicht blindlings übernehmen. Zum einen umfaßt das elterliche Sorgerecht (§ 1626 I BGB) nur die Zeit bis zur Volljährigkeit (§§ 2, 1896 BGB), zum anderen handelt es sich im Sozial- und Steuerrecht um Geldtransfers oder geldwerte Leistungen bzw. Vergünstigungen, während im Familienrecht die personenrechtliche Regelung die für das Kindeswohl

---

<sup>128</sup>Jans, Happe/Saubier, § 44, 17

<sup>129</sup>Jans/Happe/Saubier, § 44, 14

<sup>130</sup>Oberloskamp, S. 38 und 39

<sup>131</sup>Staudinger-Salge, § 1632, 65

<sup>132</sup>Schwab, A 71

<sup>133</sup>Büttner, FamRZ 1998, 585

maßgebliche Rolle spielt,<sup>134</sup> so daß das Kriterium "überwiegende Kostentragung" vernachlässigt werden kann.

Demzufolge hat der *zivilrechtliche Pflegekinderbegriff* alle Gestaltungen zu umfassen, in denen das Kind ganz bei den Pflegeeltern lebt, wobei Besuche bei den leiblichen Eltern oder gelegentlich mit den leiblichen Eltern verbrachte Wochenenden oder Ferien in diesem Zusammenhang außer Betracht zu bleiben haben.<sup>135</sup> Das Fehlen der nach § 44 SGB VIII/KJHG erforderlichen Pflegeerlaubnis ist nach Sinn und Zweck der einschlägigen Rechtsnormen im Rahmen des zivilrechtlichen Pflegekinderbegriffs ohne Bedeutung.<sup>136</sup> Kennzeichen für ein - eventuell nur faktisches - Pflegeverhältnis ist das Bestehen eines Aufsichts-, Betreuungs- und Erziehungsverhältnisses zwischen einer "*Pflegeperson*" und einem oder einer Minderjährigen. Doch will - wie die ständige Rechtspraxis zeigt - die Verwendung des Begriffs "Pflegerperson" keineswegs sagen, daß das Pflegekind grundsätzlich nur von einer einzigen Person betreut wird, vielmehr ist die Regel die, daß "Pflegeeltern" für das Kind sorgen. Auch wenn ein Pflegeverhältnis ein Eltern-Kind-Verhältnis voraussetzt, rechnen zum Kreis der möglichen Pflegepersonen auch Großeltern und Geschwister.<sup>137</sup> Somit ist der Begriff "Pflegerperson" im BGB mit dem in § 44 SGB VIII/KJHG verwendeten Begriff "Pflegerperson" identisch. Der Tatsache, daß § 44 I 2, Nr. 4 SGB VIII/KJHG eine kürzere Unterbringung genügen läßt, begegnet das BGB durch die ausdrückliche Einschränkung "für längere Zeit".

Von einer *Familienpflege* im Sinn von § 1630 III BGB kann gesprochen werden, wenn mindestens eine Pflegeperson außerhalb der leiblichen Familie die elterliche Sorge ausübt und zwischen dem Kind und der Pflegeperson ein familienähnliches Verhältnis und entsprechende Beziehungen existieren.<sup>138</sup> Durch die familienähnliche Unterbringung unterscheidet sich die Familienpflege von einer Heimunterbringung.<sup>139</sup> In Ausnahmefällen kann jedoch auch die Heimunterbringung oder die Unterbringung in einer heimähnlichen Einrichtung als Familienpflege i.S.v. § 1630 III BGB definiert werden, wenn die gesamte Versorgung, Betreuung und Erziehung des Kindes familienähnlich konzipiert ist und der Heimcharakter der Einrichtung völlig in den Hintergrund tritt.<sup>140</sup>

In jedem Fall ist die persönliche Beziehung zwischen Kind und Pflegeperson entscheidend; je mehr diese einer Familie ähnelt, desto eher wird ein derartiges Verhältnis als Fami-

---

<sup>134</sup>Knöpfel, FamRZ 1983, 324

<sup>135</sup>Schwab, A 71

<sup>136</sup>Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 38, 40

<sup>137</sup>Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 39

<sup>138</sup>BayObLG, NJW 1984, 2168

<sup>139</sup>OLG Hamm, NJW 1985, 3029, 3030

<sup>140</sup>Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 38

lienpflege zu qualifizieren sein. Beispielsweise wurde auch eine *Unterbringung in einem Kinderhaus* als Familienpflege angesehen.<sup>141</sup>

Ebenso kann eine Unterbringung in einem *SOS-Kinderdorf* oder in einer Jugendwohngemeinschaft eine Familienpflege im Rahmen von §§ 1630 III, 1632 IV BGB darstellen, da es in diesem Rahmen, insbesondere bei § 1632 IV BGB nicht auf die formale Struktur ankommt, sondern inhaltlich darauf, ob zwischen dem Minderjährigen und denjenigen, gegen die sich das Herausgabeverlangen richtet, emotionale Beziehungen nach Art einer faktischen, sozialen Elternschaft bestehen.<sup>142</sup>

Der wesentliche Unterschied der Dauerpflege zur Heimerziehung liegt in der fehlenden Professionalität. Eine Ausnahme machen lediglich teilweise die *heilpädagogischen Pflegefamilien*, mit denen die zuständigen Behörden versuchen, älteren Kindern und solchen mit Verhaltensauffälligkeiten das Aufwachsen in einer Familie zu ermöglichen.<sup>143</sup> Von den anderen Pflegestellen unterscheiden sich die heilpädagogischen Pflegestellen daher im Grad des erwarteten und erforderlichen Bedarfs an pädagogischen Fähigkeiten der Pflegeeltern. Lediglich das Aufgabenverständnis dieser Art von Pflegeeltern gleicht *eher* dem von *professionellen Erziehern als* dem von *Eltern*.

## **Teil 2: Der Schutz der Pflegefamilien nach Grundgesetz (GG) und Europäischer Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)**

### **A. Fundamentale Aussagen des Grundgesetzes**

#### **1. Die Anwendbarkeit des Art. 6 I GG auf Pflegefamilien und der Umfang des Schutzes**

Nach Art. 6 I GG stehen Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Diese Formulierung im Grundrechtskatalog ist allgemein gehalten und nicht leicht zu ergründen.<sup>144</sup> Soweit das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) zu Art. 6 I GG Aussagen getroffen hat, wird deshalb nachfolgend darauf zurückgegriffen. Relativ klar erscheint danach der Begriff "*Ehe*", weil sich die Ehe schon durch einfachgesetzliche Ausgestaltung und durch amtliche Mitwirkung bei ihrer Begründung und Beendigung manifestiert<sup>145</sup> und zahlreiche Entscheidungen vorhanden sind.

<sup>141</sup> BayObLG, NJW 1988, 2381; Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 39

<sup>142</sup> AK-BGB-Münder, § 1632, 4

<sup>143</sup> BT-Drucksache 8/3685, S. 159

<sup>144</sup> Schwab, S. 15

<sup>145</sup> BVerfG, FamRZ 1993, 1419

1.1 Mit dem vorliegenden hauptsächlich interessierenden Begriff der *Familie* hat sich das BVerfG weniger oft beschäftigt.<sup>146</sup> Soweit feststellbar, ergeben sich aus den Aussagen des Gerichts die folgenden *Begriffsmerkmale*:

1.1.1 Familie ist "die umfassende Gemeinschaft von Eltern und Kindern".<sup>147</sup>

1.1.2 Es ist "allgemein anerkannt, daß unter Familie jedenfalls die aus Eltern und Kindern bestehende Gemeinschaft zu verstehen ist, zu den Kindern aber auch Stief-, Adoptiv- und *Pflegekinder* sowie" (im Verhältnis zur Mutter) "uneheliche Kinder gehören".<sup>148</sup>

1.1.3 Die Generationen-Großfamilie besitzt prinzipiell nicht die Familieneigenschaft.<sup>149</sup>

1.1.4 Familie im Sinn von Art. 6 I GG ist zunächst "die in der Hausgemeinschaft geeinte engere Familie, das sind die Eltern mit ihren Kindern".<sup>150</sup>

1.1.5 "Die Ehe ist die rechtliche Form umfassender Bindung zwischen Mann und Frau; sie ist alleinige Grundlage einer vollständigen Familiengemeinschaft und als solche Voraussetzung für die bestmögliche körperliche, geistige und seelische Entwicklung von Kindern".<sup>151</sup>

1.1.6 "Ehe und Familie entsprechen der auf Dialog angelegten geistigen Natur des Menschen. Daneben ist die Lebenshilfe, die der Einzelne in Ehe und Familie erhalten kann, von grundlegender Bedeutung für die Ordnung des Gemeinschaftslebens".<sup>152</sup>

1.1.7 "Im Kern" erfüllt die Familie die Funktion einer Beistandsgemeinschaft.<sup>153</sup>

1.1.8 Kann die Lebensgemeinschaft zwischen einem ausländischen Vater und seinem nicht-ehelichen Kind nur in der Bundesrepublik Deutschland stattfinden, weil dem Kind wegen dessen Beziehung zu seiner Mutter das Verlassen der Bundesrepublik nicht zumutbar ist, so drängt die Pflicht des Staates, die Familie zu schützen, regelmäßig einwanderungspolitische Belange zurück.<sup>154</sup>

---

<sup>146</sup> Isensee/Kirchhof-Zacher, § 133, 29, S. 225

<sup>147</sup> BVerfGE 10, 59, 66

<sup>148</sup> BVerfGE 18, 97, 105

<sup>149</sup> BVerfGE 48, 327, 329

<sup>150</sup> BVerfGE 48, 327, 339

<sup>151</sup> Familiennachzugsbeschluß; BVerfGE 76, 1, 51

<sup>152</sup> BVerfGE 76, 1, 51 = FamRZ 1988, 363, 367

<sup>153</sup> BVerfGE 80, 81, 95 = FamRZ 1990, 363, 364

<sup>154</sup> BVerfG, FamRZ 1995, 26

1.1.9 Art. 6 I GG schließt "nicht aus, das Vater-Kind-Verhältnis abweichend von der natürlichen Abkunft zu regeln, soweit die leibliche Abstammung des Kindes von dem Ehemann seiner Mutter als Regelfall anerkannt bleibt".<sup>155</sup>

1.1.1.0 Das Verhältnis des Vaters zu seinem nicht-ehelichen Kind fällt unter Art. 6 I GG.<sup>156</sup>

1.1.1.1 Eine aus einer Mehrehe im Ausland (polygame Ausländerehe) hervorgegangene Beziehung eines Kindes zu seinem Vater und/oder seiner Mutter fällt dann unter Art. 6 I GG, wenn die gelebte Beziehung als familienadäquate Beziehung qualifiziert werden kann.<sup>157</sup>

1.1.1.2 Für die Anerkennung einer *Pflegefamilie* stellt das Bundesverfassungsgericht darauf ab, daß zwischen Kind und Pflegeeltern als Folge eines länger andauernden Pflegeverhältnisses eine "gewachsene Bindung" entstanden ist. Dann steht die Pflegefamilie unter dem Schutz von Art. 6 I GG.<sup>158</sup>

1.1.1.3 Art. 6 I i.V.m. Abs. II GG schützt die Familie zunächst und zuvörderst als *Lebens- und Erziehungsgemeinschaft*. Die leibliche und seelische Entwicklung des Kindes findet in der Familie und der elterlichen Erziehung eine wesentliche Grundlage. Mit zunehmender Einsichtsfähigkeit des Kindes und abnehmender Elternverantwortung kann diese Gemeinschaft zur *Hausgemeinschaft* und nach deren Auflösung schließlich zur bloßen *Begegnungsgemeinschaft* werden. Erwachsenen Familienmitgliedern gewährt sie Unterhalt und *Raum für Ermutigung und Zuspruch*.<sup>159</sup>

Aus der Rechtsprechung des BVerfG zum Familienbegriff folgt:

Der Familienbegriff wird stärker als der Begriff "Ehe" von der *Lebenswirklichkeit* geprägt. Denn im Unterschied zu einer Eheschließung erfolgt die Begründung einer Familie hauptsächlich in der Form der Geburt eines Kindes auf rein natürlichem Weg. Diesem Umstand trägt Art. 6 I GG Rechnung, ohne daß Bedarf für eine einfachgesetzliche Ausgestaltung des Familienbegriffs oder gar für eine konstitutive staatliche Mitwirkung bei

---

<sup>155</sup>BVerfGE 79, 256, 267

<sup>156</sup>BVerfG, NJW 1994, 3155

<sup>157</sup>BVerfGE 71, 228, 231 ff

<sup>158</sup>BVerfGE 68, 176, 187, 189 = FamRZ 1985, 39; BVerfGE 79, 51, 60 = FamRZ 1989, 31 ff; Salgo, FamRZ 1999, 337, 338; etwas abgeschwächt durch BVerfG, FamRZ 1993, 1045; BVerfGE 75, 201 = FamRZ 1987, 786; BVerfGE 79, 51 = FamRZ 1989, 31; Siedhoff, NJW 1994, 618

<sup>159</sup>BVerfG, FamRZ 1989, 715; Dreier-Gröschner, Art. 6, 46

der Begründung einer Familie in ähnlicher Weise wie bei einer Eheschließung bestünde. Die Orientierung des Familienbegriffs an der Lebenswirklichkeit zeigt sich unter anderem auch darin, daß rechtliche Formfehler bei der Begründung des Pflegeverhältnisses, die zum Beispiel dem Jugendamt oder dem Familiengericht unterlaufen sind, ebensowenig wie Formfehler im Zusammenhang mit Adoptionen die Familienqualität ausschließen können.<sup>160</sup>

Nicht zum Wesen des Familienbegriffs gehören:

- die Begründung aus der Blutsverwandtschaft<sup>161</sup> und
- die Voraussetzung der staatlich geschlossenen Ehe als notwendige Grundlage der Familie.<sup>162</sup>

Den Wert der Familie für die Gemeinschaft begründen die bedingungslos übernommenen, unbedingten und unbefristeten Versorgungsleistungen. Deshalb ist die Familie schätzenswert.<sup>163</sup>

Ohne Zweifel ist die Familie heute nicht mehr eine Produktions-, Arbeits- und Lebens-einheit. Eine arbeitsteilige Gesellschaft hat hier in der Tat Aufgaben der Familie übernommen und so ihr Aussehen verändert.<sup>164</sup> Geblieben ist der Familie vor allem die Aufgabe der Pflege und Erziehung der Kinder.<sup>165</sup>

Eine Familie ist nicht an die Hausgemeinschaft gebunden. Mit der Auflösung der Hausgemeinschaft kann sich die Familie zur bloßen *Begegnungsgemeinschaft* wandeln,<sup>166</sup> so daß auch auswärtige Kinder zur Familie zählen, sofern sie nicht in eine neue Familie gehören. Mit seiner Eheschließung scheidet ein Kind aus seiner Familie aus und beginnt eine neue Familie zu gründen. - Auch die Gemeinschaft eines alleinerziehenden Elternteils mit seinem Kind genießt als sogenannte Halbfamilie den Schutz des Art. 6 I GG.<sup>167</sup>

Obgleich der Gesetzgeber bei der Schaffung des Grundgesetzes nur an die biologische Familie dachte,<sup>168</sup> erstreckt die Rechtsprechung die Institutsgarantie des Art. 6 I GG sowohl auf die Adoptivfamilie<sup>169</sup> als auch auf die *soziale* Familie, indem sie ein *faktisches*

---

<sup>160</sup>Dreier-Gröschner, Art. 6, 52

<sup>161</sup>Dreier-Gröschner, Art. 6, 47

<sup>162</sup>Isensee/Kirchhof-Zacher, § 133, 30; Dreier-Gröschner, Art. 6, 45

<sup>163</sup>Dreier-Gröschner, Art. 6, 47

<sup>164</sup>Isensee/Kirchhof-Zacher, § 133, 40

<sup>165</sup>Isensee/Kirchhof-Zacher, § 133, 41

<sup>166</sup>BVerfGE 80, 81, 91 = FamRZ 1989, 715, 717

<sup>167</sup>Maunz-Dürig-Maunz, Art. 6, 16

<sup>168</sup>Baer, FamRZ 1982, 221, 228

<sup>169</sup>BVerfGE 79, 256, 257

Kindschaftsverhältnis anerkennt.<sup>170</sup> Dabei handelt es sich nicht nur um die Beziehung zwischen Stiefeltern und Stiefkindern,<sup>171</sup> sondern auch um die Beziehung zwischen Pflegeeltern und Pflegekindern.<sup>172</sup> Einzige Voraussetzung der Institutsgarantie für *Pflegefamilien* ist das Vorhandensein "gewachsener Bindungen" zwischen Kind und Pflegeperson.

Die unter 1.1.7 (Beistandsgemeinschaft) und unter 1.1.1.3 (Lebens- und Erziehungsgemeinschaft, Hausgemeinschaft, Begegnungsgemeinschaft, Raum für Ermutigung und Zuspruch) genannten Merkmale treffen sowohl auf "Normalfamilien" als auch auf Pflegefamilien zu. Aus der unter 1.1.2 genannten Tatsache, daß auch die Gemeinschaft einer Mutter mit ihrem außerehelich geborenen Kind als sogenannte Halbfamilie<sup>173</sup> den Schutz des Art. 6 I GG genießt, folgt, daß auch die Gemeinschaft einer alleinstehenden Pflegeperson mit einem Kind als Familie i.S.v. Art. 6 I GG angesehen werden kann.

Das BVerfG billigt der Pflegefamilie zwar grundsätzlich die Rechte aus Art. 6 I GG zu, macht aber keine Ausführungen, ob daneben noch eine *Zugehörigkeit zur Herkunftsfamilie* besteht. Für eine gleichzeitige Zugehörigkeit spricht:

- Das Kind und seine Eltern bleiben in gerader Linie verwandt (§ 1589 BGB).
- Falls nicht ausnahmsweise die elterliche Sorge im ganzen oder die gesamte Personensorge oder das Aufenthaltsbestimmungsrecht auf Dritte übertragen wurde, besitzen die Eltern, vom Fall des § 1633 BGB abgesehen, mindestens das Aufenthaltsbestimmungsrecht (§ 1631 I BGB) und damit den Herausgabeanspruch (§ 1632 I BGB).
- Während der gesamten Dauer des Pflegeverhältnisses besteht sowohl die Möglichkeit der Rücknahme bzw. des Widerrufs der Pflegeerlaubnis (§ 44 I 1 SGB VIII/KJHG) sowie die Möglichkeit einer Änderung der gerichtlichen Anordnung (§ 1696 I BGB n.F.) und damit der Rückübertragung der elterlichen Sorge auf die leiblichen Eltern.
- Verschiedentlich fungiert die Herkunftsfamilie als Begegnungsgemeinschaft bzw. Raum für Ermutigung und Zuspruch.

Deshalb könnte man meines Erachtens wohl auch die gleichzeitige Zugehörigkeit des Kindes zur Herkunftsfamilie und zur Pflegefamilie bejahen.<sup>174</sup>

1.2 Art. 6 I GG sichert als *Institutsgarantie* den Kern der das Familienrecht bildenden Vorschriften gegen eine Aufhebung oder wesentliche Umgestaltung und schützt gegen staatliche Maßnahmen, die bestimmte Merkmale des Bildes von der Familie, das der

<sup>170</sup> BVerfGE 18, 97, 106; BVerfG, FamRZ 1985, 39 = BVerfGE 68, 176, 187, 189

<sup>171</sup> Beitzke/Lüderitz, § 1 II 4, S. 3 u. § 3 I 2, S. 21; Pieroth/Schlink, Rnr 725, S. 169

<sup>172</sup> Schwab, S. 9

<sup>173</sup> Maunz-Dürig-Maunz, Art. 6, 16

<sup>174</sup> Schmid, S. 239

Verfassung zugrunde liegt, beeinträchtigen.<sup>175</sup>

1.3 Die Familie ist als geschlossener, eigenständiger Lebensbereich zu verstehen; der Staat ist verpflichtet, diese Einheit und Selbstverantwortlichkeit zu *respektieren* und zu *fördern*.<sup>176</sup> Als *Freiheitsrecht* verpflichtet Art. 6 I GG den Staat, Eingriffe in die Familie zu unterlassen. Es berechtigt die Familienmitglieder, ihre Gemeinschaft nach innen in familiärer Verantwortung und Rücksicht frei zu gestalten. Im einzelnen hat das BVerfG die am Zusammenleben im häuslichen Bereich orientierte freie Gestaltung der Familienverhältnisse auf die Entscheidung religiöser und weltanschaulicher Fragen<sup>177</sup> und die Aufteilung der familiären Aufgaben<sup>178</sup> im immateriell-persönlichen wie auch im materiell-wirtschaftlichen Bereich<sup>179</sup> bezogen. Die Auswirkungen familiärer Freiheit nach außen, insbesondere auf das Berufsleben, das Schulwesen, die Eigentumsordnung und das öffentliche Gemeinschaftsleben müssen aber mit der verfassungsmäßigen Rechtsordnung übereinstimmen.<sup>180</sup> Art. 6 I GG schützt die Familiengemeinschaft, nicht die einzelnen Familienmitglieder für sich.<sup>181</sup> Gleichwohl kann sich jeder Familienangehörige in dieser Eigenschaft auf den persönlichen Schutzbereich des Art. 6 I GG berufen und seine Betroffenheit durch einen Akt der öffentlichen Gewalt verwaltungs- und verfassungsgerichtlich geltend machen.<sup>182</sup> Für die institutionelle Rahmenordnung der familiären Freiheitssphäre gilt Art. 3 II GG.<sup>183</sup> Rechtlich besteht eine Partnerschaft zwischen Mann und Frau. Die Leistungen einer Ehefrau bei der Haushaltsführung und einer Mutter bei der Kinderbetreuung stehen deshalb gleichrangig neben der Bereitstellung notwendiger Barmittel durch den Ehemann und Vater.<sup>184</sup>

## 2. Der Elternbegriff in Art. 6 II 1 GG

2.1 Die Rechtsnorm besagt: "Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und zuvörderst ihre Pflicht". Damit schützt die Norm die elterliche Verantwortung insgesamt<sup>185</sup> und erkennt das Elterngrundrecht sämtlichen Eltern ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit zu. Die Aussage des Art. 6 II GG verbürgt sowohl

---

<sup>175</sup> BVerfGE 76, 1, 49 = FamRZ 1988, 363, 367; BVerfG, FamRZ 1989, 715, 717

<sup>176</sup> BVerfGE 24, 119, 135

<sup>177</sup> BVerfGE 10, 59, 85

<sup>178</sup> BVerfGE 48, 327, 328

<sup>179</sup> BVerfGE 33, 236, 238

<sup>180</sup> BVerfGE 80, 81, 92 = FamRZ 1989, 715, 717

<sup>181</sup> BVerfGE 78, 38, 49

<sup>182</sup> BVerfGE 76, 1, 44; Dreier-Gröschner, Art. 6, 54

<sup>183</sup> BVerfGE 47, 85, 100

<sup>184</sup> BVerfGE 37, 217, 251; Dreier-Gröschner, Art. 6, 55

<sup>185</sup> Schwab, S. 208



das Sorgerecht als auch das Recht jedes Elternteils, mit dem Kind Umgang zu pflegen;<sup>186</sup> sie stellt gleichzeitig eine Richtlinie für staatliches Handeln dar.<sup>187</sup>

Das Elterngrundrecht ist ein "dienendes Grundrecht",<sup>188</sup> weil es Grundrecht und Grundpflicht zugleich ist. Es wird in zweifacher Hinsicht begrenzt: Einerseits stehen die Kinder den Eltern als Träger eigener Menschenwürde und eigener Persönlichkeitsrechte gegenüber, andererseits erteilt Art. 7 I GG auch dem Staat einen Erziehungsauftrag, der allerdings dem Elternrecht nachgeordnet ist.<sup>189</sup>

Dem Kind selbst steht aus Art. 6 II GG kein Grundrecht zu.<sup>190</sup>

2.2 Art. 6 II 1 GG definiert, ähnlich wie dessen Vorgänger, der Art. 120 WRV, den Kreis der Inhaber des Elterngrundrechts nicht. Dennoch befaßten sich zumindest während der Zeit der Weimarer Republik nur wenige Abhandlungen mit dem verfassungsrechtlichen Elternbegriff, und von diesen wenigen bezog, soweit ersichtlich, eine einzige die Pflegeeltern in den Kreis der Träger des Elterngrundrechts mit ein.<sup>191</sup> Auch die Entstehungsgeschichte des Art. 6 II GG bietet keine brauchbaren Anhaltspunkte für die Definition des Elternbegriffs; denn die Hinweise auf den Kreis der Inhaber des Elterngrundrechts sind verstreut und beziehen sich lediglich in einer Weise, die sich nicht für eine Verallgemeinerung oder Abstraktion eignet, auf Einzelfragen.<sup>192</sup> Deshalb waren Wissenschaft und BVerfG gefordert, Inhalt und Grenzen des Elternbegriffs aufzuzeigen.

Bei den derzeitigen Erscheinungsformen potentieller Elternschaft handelt es sich hauptsächlich um die Formen der leiblichen Elternschaft, der Adoptiv- oder Stiefelternschaft, der Vormundschaft und der Pflegerschaft sowie der Pflegeelternschaft. Diese Erscheinungsformen lassen sich auf drei verschiedene Ursachen zurückführen: die biologische Abstammung, eine dauerhafte, emotionale Eltern-Kind-Beziehung oder einen rechtlichen Zuordnungsakt. Wenn das Kind mit beiden leiblichen Eltern in häuslicher Gemeinschaft lebt und die Eltern miteinander verheiratet sind, ist sowohl die biologische Abstammung, die dauerhafte, emotionale Eltern-Kind-Beziehung als auch der rechtliche Zuordnungsakt gegeben. Bei Pflegepersonen dagegen beruht eine mögliche Eltern-Kind-Beziehung nur auf der dauerhaften, emotionalen Bindung.<sup>193</sup>

---

<sup>186</sup> BVerfG, NJW 1993, 2671; 1995, 1342, 1343

<sup>187</sup> BVerfG, NJW 1995, 1342, 1343

<sup>188</sup> BVerfGE 59, 360, 376; 61, 358, 372

<sup>189</sup> BVerfGE 34, 165, 183; 41, 29, 44

<sup>190</sup> BVerfGE 28, 104, 112

<sup>191</sup> BK-Jestaedt, Art. 6 II u. III, 53, Fn 148; Gebhard, Art. 120, 2 b, S. 471

<sup>192</sup> BK-Jestaedt, Art. 6 II u. III, 53

<sup>193</sup> Coester, JZ 1992, 809, 810

Die Elternschaft entwickelt sich in der Regel wie folgt:

Auf biologisch-genetischen Umständen und einer emotionalen Beziehung basiert ein besonderes *Näheverhältnis* zwischen den Erwachsenen und dem Kind. Daraus entspringt ein unverwechselbares, spezifisches Verhältnis, das für das Kind Schutz und Fürsorge bezweckt und es dem bzw. den Erwachsenen ermöglicht, die Belange des Kindes im Grundsatz umfassend und *wie eigene* Belange wahrzunehmen; es entsteht also ein *Schutz- und Fürsorgeverhältnis*. Soll es zu einem echten Eltern-Kind-Verhältnis werden, muß die *Beziehung dauerhaft und ausschließlich* sein, so wie dies im Institut der Verwandtschaft hinsichtlich der Abkömmlinge ersten Grades im Zivilrecht (§§ 1589, 1754 BGB) zum Ausdruck kommt.<sup>194</sup>

Von diesen Gegebenheiten und den herrschenden Auffassungen zur Zeit der Schaffung des Grundgesetzes und auch jenen heutigen, wie sie in den einfachgesetzlichen Regelungen ihren Niederschlag gefunden haben ("Gesetzmäßigkeit der Verfassung"),<sup>195</sup> ist bei der Auslegung und Anwendung des Art. 6 II 1 GG auszugehen.<sup>196</sup>

2.3 Das BVerfG selbst verwendet manchmal eine Ausdrucksweise, die den Eindruck erwecken könnte, daß es sich bei den "Eltern" lediglich um die *biologisch-genetischen Eltern* handle. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn es die Ansicht vertritt, "daß diejenigen, die einem Kind das Leben geben, von Natur aus bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen",<sup>197</sup> oder auch, indem das BVerfG die leiblichen Eltern den sogenannten sozialen Eltern, die nicht in den Genuß des Elterngrundrechts kommen, gegenüberstellt.<sup>198</sup>

Mitunter tendiert auch das BVerfG dazu, auf die Bereitschaft, die Verantwortung für das Kind zu übernehmen, oder auf die Bindung des elterlichen Erziehungsrechts an das Kindeswohl oder auf die im Konfliktfall zwischen den Eltern notwendig werdende Regelung des Sorge- und Umgangsrechts abzustellen und das Elternrecht als *Elternverantwortung* zu interpretieren.<sup>199</sup> Deutlich wird dies, wenn das BVerfG hinsichtlich der Ersetzung der Einwilligung in die Adoption gem. § 1747 III BGB a.F. (= § 1748 BGB n.F.) argumentiert: "Eltern, die im Sinn des Grundgesetzes diesen Namen verdienen, weil sie bereit sind, die mit dem Elternrecht untrennbar verbundenen Pflichten auf sich zu nehmen,<sup>200</sup> erhält das Kind erst durch die Adoption".<sup>201</sup>

<sup>194</sup> BK-Jestaedt, Art. 6 II u. III, 68

<sup>195</sup> Maunz-Dürig-Maunz, Art. 6, 25

<sup>196</sup> BK-Jestaedt, Art. 6 II u. III, 56, 63, 64; BVerfGE 31, 58, 83 und 53, 224, 225

<sup>197</sup> BVerfBE 24, 119, 150

<sup>198</sup> BVerfGE 79, 51, 60

<sup>199</sup> Coester, JZ 1992, 809, 810; Hahnzog, FamRZ 1971, 334, 336; Rübner, FamRZ 1963, 153, 156 ff; BK-Jestaedt, Art. 6 II u. III, 59, Fn 165

<sup>200</sup> BVerfGE 10, 59, 67

<sup>201</sup> BVerfGE 24, 119, 150

Insgesamt gesehen hat das BVerfG den Elternbegriff zum Teil nach Naturrechtstheorien, zum Teil nach biologisch-natürlichen Eigenschaften und zum Teil positiv-rechtlich,<sup>202</sup> jedenfalls aber nicht umfassend und abschließend definiert.<sup>203</sup>

2.4.1 Letztendlich aber bezieht das BVerfG klare Positionen und rechnet zunächst *die miteinander verheirateten leiblichen Eltern* zu den Eltern i.S.v. Art. 6 II 1 GG, da familiäre Verantwortung im institutionellen Rahmen des Art. 6 II GG hauptsächlich durch Ehe und biologische Verwandtschaft begründet wird.<sup>204</sup>

Aufgrund der Orientierung am *Kindeswohl* mußte der Kreis der den Schutz des Art. 6 II GG genießenden Erziehungsträger jedoch weiter gezogen werden.<sup>205</sup> Beispielsweise fällt nunmehr auch *die nicht mit dem Vater verheiratete Mutter* unter Art. 6 II GG.<sup>206</sup> Auch der *"Scheinvater"* gilt bis zur wirksamen Anfechtung der Vaterschaft als Elternteil.<sup>207</sup> Schließlich gehören zu den "Eltern im Sinn des Grundgesetzes, die diesen Namen verdienen, weil sie bereit sind, die mit dem Elternrecht untrennbar verbundenen Pflichten auf sich zu nehmen", die *Adoptiveltern*.<sup>208</sup>

2.4.2 Ob sich *der nicht mit der Mutter verheiratete Vater* in jedem Fall auf das Elternrecht berufen kann, war in der Rechtsprechung und Literatur lange Zeit umstritten.<sup>209</sup> Bei der Schaffung des Grundgesetzes war nämlich, ohne daß sich dies auf den Wortlaut des Art. 6 II 1 GG ausgewirkt hätte, argumentiert worden, daß ein nicht mit der Mutter verheirateter Vater keine Mitwirkungsrechte bei der Kindererziehung erhalten solle, damit das Kind ungestört bei der Mutter aufwachsen könne. Auch das BVerfG entschied dann später, daß kein Raum für ein an der Verantwortung orientiertes Elternrecht gem. Art. 6 II GG bestünde, falls ein nicht mit der Mutter verheirateter Vater weder die Entwicklung seines Kindes zur Kenntnis nehme noch den Aufbau einer Vater-Kind-Beziehung anstrebe.<sup>210</sup> Diese Rechtsprechung erschien nicht allein aus rechtstatsächlicher, sondern auch aus rechtsdogmatischer Sicht bedenklich; wenn weil Vaterschaft im Rahmen des Art. 6 II GG normalerweise auf *biologischer* Herkunft basiert, sollte diese Beziehung im Verhältnis des Vaters zu seinem natürlichen Kind prinzipiell wie im Mutter-Kind-Verhältnis anerkannt werden und als Folge davon die Elternschaft i.S.v. Art. 6 II GG getrennt von der Ehelichkeit i.S.v. Art. 6 I GG angesehen werden, was auch zur Entkoppelung von Ehe und

<sup>202</sup> Hahnzog, FamRZ 1971, 334, 340

<sup>203</sup> BK-Jestaedt, Art. 6 II u. III, 54

<sup>204</sup> Dreier-Gröschner, Art. 6, 73, 76; BVerfGE 24, 119, 150

<sup>205</sup> Dreier-Gröschner, Art. 6, 73

<sup>206</sup> BVerfGE 24, 119, 135; Dreier-Gröschner, Art. 6, 73, Fn 245

<sup>207</sup> BVerfGE 24, 119, 136; Dreier-Gröschner, Art. 6, 73, Fn 246

<sup>208</sup> BVerfGE 24, 119, 150; Dreier-Gröschner, Art. 6, 73, Fn 247

<sup>209</sup> Dreier-Gröschner, Art. 6, 74, Fn 251

<sup>210</sup> BVerfGE 56, 363, 383; Dreier-Gröschner, Art. 6, 74, Fn 252

Familie paßte. Die umstrittene Frage wurde daraufhin vom BVerfG am 07.03.1995 zugunsten der nicht mit den Müttern ihrer Kinder verheirateten Väter entschieden. Das BVerfG vertrat in dieser Entscheidung die Auffassung, daß Art. 6 II 1 GG, die Pflege und Erziehung des Kindes als Recht und Pflicht "der Eltern", also sowohl des Vaters als auch der Mutter, und damit von zwei Menschen gemeinsam, ansieht.<sup>211</sup> Dies bedeutet, daß Art. 6 II 1 GG das Elterngrundrecht *jedem einzelnen Elternteil* als sein *Individualgrundrecht* verleiht.<sup>212</sup> Nach Ansicht des Gerichts wäre es *sachwidrig*, bei der Einbeziehung in den Schutzbereich des Art. 6 II 1 GG nach der Stärke der *Beziehungen* des Vaters zum Kind oder zu der Mutter zu unterscheiden. Denn einerseits würde die gänzliche Herausnahme bestimmter Gruppen von Vätern aus dem Schutzbereich des Elterngrundrechts den oftmals fließenden Übergängen zwischen den verschiedenen Fällen nicht gerecht und andererseits würde sie auch den Umstand nicht genügend berücksichtigen, daß die Beziehungen einer ständigen Wandelbarkeit unterliegen.

2.5 Obwohl zwischen der elterlichen Sorge einerseits und der *Vormundschaft bzw. der Pflegschaft* andererseits keine grundlegenden strukturellen Unterschiede existieren, darf daraus *nicht* der Schluß auf eine verfassungsrechtliche *Elterneigenschaft* gezogen werden.<sup>213</sup> Im Unterschied vor allem zur Adoption (§ 1741 I BGB) bezwecken Pflegschaft und Vormundschaft ungeachtet ihres prinzipiell dauerhaften und ausschließlichen Charakters nicht, eine Eltern-Kind-Beziehung zu begründen oder eine existierende Eltern-Kind-Beziehung zu schützen und zu fördern.<sup>214</sup> Dem Vormund und Pfleger *fehlt* die *Unterhaltungspflicht* als eine der wichtigsten elterlichen Pflichten.<sup>215</sup> Außerdem unterstehen Vormünder und Pfleger hinsichtlich ihrer gesamten Tätigkeit gem. §§ 1837 ff BGB der vormundschaftsgerichtlichen Aufsicht. Die Stellung des Vormunds oder Pflegers wird als "privatrechtliches Amt" angesehen, da beide ihre Rechte allein *fremdnützig* und nach pflichtgemäßem Ermessen ausüben müssen und es sich bei den Pflegern und Vormündern als solche nicht um Familienmitglieder, sondern um Vertrauenspersonen des fürsorgenden Staates handelt.<sup>216</sup> Somit fungieren Pfleger und Vormünder zwar als Ersatz der Eltern, treten jedoch nicht in deren Grundrechtspositionen ein.<sup>217</sup> Deshalb sind grundsätzlich weder Vormünder noch erst recht nicht die mit geringeren Rechten ausgestatteten Pfleger Elternteile, das heißt Grundrechtsträger im Sinn von Art. 6 II 1 GG.<sup>218</sup>

<sup>211</sup> BVerfG, JZ 1995, 1109 = FamRZ 1995, 789 ff

<sup>212</sup> Dreier-Gröschner, Art. 6, 76, Fn 261; BVerfGE 47, 46, 76

<sup>213</sup> BVerfGE 10, 302, 328

<sup>214</sup> Isensee/Kirchhof-Zacher, § 134, 77; Beitzke/Lüderitz, § 36 II, S. 387; BK-Jestaedt, Art. 6 II u. III, 87, Fn 217

<sup>215</sup> Isensee/Kirchhof-Zacher, § 134, 110

<sup>216</sup> Isensee/Kirchhof-Zacher, § 134, 77; BK-Jestaedt, Art. 6 II u. III, 87, Fn 217

<sup>217</sup> BVerfGE 10, 302, 328

<sup>218</sup> BVerfG, FamRZ 1994, 223, 224; BK-Jestaedt, Art. 6 II u. III, 88, Fn 220; v. Münch-Kunig, Art. 6, 21

Als *Sonderfall* sieht das Bundesverfassungsgericht die Bestellung von Großeltern zum Vormund ihres Enkelkinds an,<sup>219</sup> weil diese als Verwandte des Kindes in gerader Linie gem. § 1601 BGB im Unterschied zu anderen Vormündern eine Unterhaltspflicht trifft.<sup>220</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob sich das Kind in der Obhut der Großeltern befindet oder nicht.

2.6 *Pflegeverhältnisse*, so das BVerfG, sind "*institutionell auf Zeit angelegt*". Daher besteht von Anfang an die Absicht, das Pflegekind in seine leibliche Familie zurückzuführen. Das Pflegekind ist lediglich sozial und faktisch, nicht aber auch - unabhängig davon, was die leiblichen Eltern wollen - rechtlich den Pflegepersonen zugeordnet. Zwar besteht für die natürlichen Eltern des Kindes die Möglichkeit, gem. § 1630 III BGB einzelne Sorgerechtsangelegenheiten im Weg einer gerichtlichen Entscheidung auf die Pflegepersonen übertragen zu lassen, die im Umfang der Übertragung gem. § 1630 III BGB n.F. die Rechtsposition von Pflegern erhalten. Allerdings hängt die Übertragung gem. § 1630 III 1 u. 2 BGB n.F. vom Willen der biologisch-genetischen Eltern ab. Falls diese die Rückübertragung beantragen, so muß das Gericht dem Antrag jederzeit und unverzüglich stattgeben, es sei denn, er beinhaltet eine Kindeswohlgefährdung im Sinn der §§ 1666 ff BGB.<sup>221</sup> Ohne eine Übertragung sorgerechter Befugnisse gem. § 1630 III BGB existieren lediglich tatsächliche Beziehungen der Pflegeeltern zum Kind, die ausschließlich auf einer entsprechenden Abrede mit den leiblichen Eltern beruhen. Diese dürfen die Abrede zu jeder gegebenen Zeit ohne Bindungen jeglicher Art mit Ausnahme der Rücksichtnahme auf das Kindeswohl widerrufen. Somit stattet die Rechtsordnung die Pflegepersonen lediglich in sehr beschränktem Umfang mit eigenen Rechtspositionen im Hinblick auf ihr Pflegekind aus. Diese schwache Rechtsposition genügt nicht den Voraussetzungen des verfassungsrechtlichen Begriffs der "rechtlichen" Eltern.<sup>222</sup>

Wenn verschiedene Autoren<sup>223</sup> die bloße Möglichkeit der Bestellung von Pflegeeltern zu Pflegern gem. § 1630 III 3 BGB n.F. schon für ausreichend halten, um eine Eltern-eigenschaft der Pflegeeltern im verfassungsrechtlichen Sinn zu bejahen, so bedenken sie nicht, daß das BVerfG im Regelfall die Elterneigenschaft eines Vormunds und erst recht die Elterneigenschaft eines mit einer schwächeren Rechtsposition ausgestatteten Pflegers unter Hinweis auf die fehlende Unterhaltspflicht verneint.

---

<sup>219</sup>BVerfGE 34, 165, 200

<sup>220</sup>Isensee/Kirchhof-Zacher, § 134, 110, Fn 320

<sup>221</sup>BK-Jestaedt, Art. 6 II u. III, 85

<sup>222</sup>BK-Jestaedt, Art. 6 II u. III, 85, Fn 213; BVerfGE 79, 51, 60 u. 68, 176, 187; Hahnzog, FamRZ 1971, 334, 340; anderer Ansicht: Stern, S. 1074; H. Moritz, Die (zivil-)rechtliche Stellung der Minderjährigen, 1989, S. 131

<sup>223</sup>Holzhauser, FamRZ 1982, 109, 111, Fn 18; v. Mangoldt/Klein, Art. 6 IV 2 b; Stern, S. 1074

Angesichts der zitierten Rechtsprechung des BVerfG ist schließlich grundsätzlich noch zu berücksichtigen, daß den Pflegekindern naturgemäß sowohl die biologische Herkunft von den Pflegeeltern, die bei der Entscheidung über die Elterneigenschaft der nicht mit den Müttern verheirateten Vätern die ausschlaggebende Rolle spielte, fehlt, als auch die Bereitschaft von Adoptiveltern, "die mit dem Elternrecht untrennbar verbundenen Pflichten auf sich zu nehmen".

Daß ausnahmsweise auch Pflegeeltern, die *mindestens zehn Jahre* die Pflichten der Erziehung eines Pflegekinds übernommen hatten, am Elterngrundrecht partizipieren können, deutet der Beschluß des BVerfG vom 12.10.1988 an.<sup>224</sup> In einem solchen Fall stünde dem Elterngrundrecht der leiblichen Eltern das Elterngrundrecht der Pflegepersonen gegenüber,<sup>225</sup> es sei denn, die Herkunftsfamilie hätte ihr Elterngrundrecht wegen schwerer Verfehlungen gegenüber dem Kind verwirkt. Keine derartige Verfehlung ist das bloße Einverständnis mit der Unterbringung des Kindes in der Pflegestelle.<sup>226</sup>

Denkbar ist auch, daß unter Umständen Pflegepersonen, die *Findelkinder oder Vollwaisen* betreuen, das Elterngrundrecht genießen.<sup>227</sup>

Pflegeeltern, die sowohl Großeltern des Kindes sind als auch zum Vormund bestellt wurden, sind als Eltern ihres Pflegekinds i.S.v. Art. 6 II 1 GG anzusehen.<sup>228</sup> Hingegen genießen Pflegepersonen, die entweder nur Großelternteile oder nur Vormünder des Kindes sind oder keine dieser beiden kumulativen Voraussetzungen erfüllen, nicht den Schutz des Art. 6 II GG.

### **3. Die rechtliche Stellung der Pflegeeltern aufgrund von Art. 6 III GG**

Gem. Art. 6 III GG in Verbindung mit Art. 1 III GG können "*Erziehungsberechtigte*" gegenüber Gesetzgebung, vollziehender Gewalt und Rechtsprechung den unmittelbar geltenden Schutz vor einer Trennung von Kindern beanspruchen. Den Begriff "Erziehungsberechtigte" verwendet das GG zwar ebenfalls in Art. 7 II GG, definiert ihn aber nicht.

Nachdem im gleichen Artikel 6 GG auch noch von Ehe, Familie, Kindern und Eltern die Rede ist, lag es nahe, daß ein Teil der Literatur die Meinung vertrat, der Elternbegriff in Art. 6 II GG gleiche inhaltlich dem Begriff der Erziehungsberechtigten.<sup>229</sup> Für den engen

---

<sup>224</sup>BVerfGE 79, 51, 60

<sup>225</sup>BVerfG, NJW 1994, 183 = FamRZ 1993, 1045

<sup>226</sup>BVerfG, NJW 1994, 183

<sup>227</sup>Wagner, FuR 1991, 213

<sup>228</sup>BVerfGE 34, 165, 200

<sup>229</sup>Hahnzog, FamRZ 1971, 334, 339; BK-Jestaedt, Art. 6 II u. III, 57, Fn 155

Zusammenhang und folglich für einen identischen persönlichen Geltungsbereich spreche, daß der Parlamentarische Rat die späteren Absätze II und III des Art. 6 GG ursprünglich als Bestandteil eines einzigen Absatzes vorgesehen hatte.<sup>230</sup> Außerdem wurde argumentiert, es entspräche einer "natürlichen Auffassung", daß sämtliche Erziehungsberechtigten gegenüber staatlichen Stellen die gleichen Rechte besäßen.<sup>231</sup>

Jedoch überzeugen die genannten Argumente nicht; denn zum einen herrschte im Parlamentarischen Rat Einigkeit darüber, daß das elterliche Recht zur Pflege und Erziehung ihrer Kinder (Art. 6 II GG) und der grundsätzliche Schutz vor einer Trennung des Kindes von seinen Erziehungsberechtigten (Art. 6 III GG) zwei verschiedene Regelungsbereichen angehören. Dies legt den Schluß nahe, daß der Verfassungsgeber in Art. 6 II und III GG die Rechtsträger mit "Eltern" bzw. "Erziehungsberechtigte" bewußt unterschiedlich bezeichnete.<sup>232</sup> Zum anderen beruht der verschiedenartige Kreis der Rechtsträger in Art. 6 II und III GG auf der unterschiedlichen Zielrichtung beider Rechtsnormen,<sup>233</sup> denn während Art. 6 III GG lediglich den gravierendsten Eingriff, das heißt, die Trennung von den Erziehungsberechtigten für den Normalfall untersagt und ihn nur unter engen Voraussetzungen erlaubt, befaßt sich Art. 6 II GG mit dem gesamten Spektrum der Erziehung.<sup>234</sup> Schließlich bedürfte es des Tatbestandsmerkmals "Eltern" in Art. 6 II 1 GG nicht, falls es lediglich die von der einfachen Rechtsordnung zur Pflege und Erziehung Befugten bedeutete. Dann würde Art. 6 II 1 GG lauten: "Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Erziehungsberechtigten ..." Dies wäre eine Tautologie. - Ferner gehören nicht sämtliche Eltern im Sinn von Art. 6 II 1 GG auch zu den Erziehungsberechtigten im Sinn von Art. 6 III GG. Der Begriff "Erziehungsberechtigter" ist weiter als der Begriff "Eltern". - Folglich hat der Verfassungsgeber mit "Eltern" bzw. "Erziehungsberechtigte" unterschiedliche Grundrechtsträger gemeint.

Einfachgesetzlich wurde der Begriff "Erziehungsberechtigter" mehrmals definiert. Dies ist zum Beispiel

- in § 7 I, Nr. 6 *SGB VIII/KJHG* geschehen. Hiernach gehören zu den Erziehungsberechtigten Personenberechtigte (Fall 1) und alle sonstigen Personen über 18 Jahre, soweit sie aufgrund einer Vereinbarung mit dem Personensorgeberechtigten nicht nur vorübergehend und nicht nur für einzelne Verrichtungen Aufgaben der Personensorge wahrnehmen (Fall 2).

<sup>230</sup> Hahnzog, FamRZ 1971, 334, 339; Fn 83; 43. Sitzung des Hauptausschusses vom 18.01.1949, Protokoll S. 555

<sup>231</sup> BK-Jestaedt, Art. 6 II u. III, 57, Fn 156

<sup>232</sup> Rüfner, FamRZ 1963, 153 ff; BK-Jestaedt, Art. 6 II u. III, 57, Fn 158

<sup>233</sup> BVerfGE 24, 119, 142

<sup>234</sup> Rüfner, FamRZ 1963, 153, 154

- § 2 II JÖSchG unterteilt die Gruppe der Erziehungsberechtigten
- in Personen, denen nach dem BGB die Personensorge allein oder gemeinsam mit einer anderen Person zusteht (Nr. 1) und
- in sonstige volljährige Personen, soweit sie aufgrund einer Vereinbarung mit dem Inhaber der Personensorge Aufgaben der Personensorge wahrnehmen oder soweit sie den Minderjährigen im Rahmen der Ausbildung oder mit Zustimmung des Inhabers der Personensorge im Rahmen der Jugendhilfe betreuen (Nr. 2).
- Art. 7 II GG, der den Erziehungsberechtigten das Recht einräumt, über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht zu bestimmen, sieht als Erziehungsberechtigte diejenigen Personen an, denen nach einfachem Gesetzesrecht die Entscheidung über die religiöse Erziehung der Kinder zukommt.<sup>235</sup> Dieses Entscheidungsrecht weist das Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15.07.1921<sup>236</sup> dem Inhaber der Personensorge, das heißt, den leiblichen oder den Adoptiveltern, dem Vormund oder Pfleger zu.<sup>237</sup>

Allen drei Rechtsnormen ist gemeinsam, daß zu den Erziehungsberechtigten die Inhaber der elterlichen Sorge, Vormünder und Pfleger gehören. Diese Gemeinsamkeit bringt zum Ausdruck, daß es sich insoweit um einen allgemein anerkannten Grundsatz handelt, der bei der Auslegung des in Art. 6 III GG verwendeten Begriffs des Erziehungsberechtigten beachtet werden muß. Die vorliegend zunächst hauptsächlich interessierende Gruppe von Erziehungsberechtigten ist die Gruppe der Pfleger. Diese Rechtsstellung können Pflegepersonen durch eine Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB n.F. erlangen. Daher zählen zu *Pflegern bestellte Pflegepersonen* in jedem Fall zu den Erziehungsberechtigten i.S.v. Art. 6 III GG.

Dem § 7 I, Nr. 6 SGB VIII/KJHG und dem § 2 II JÖSchG sind gemeinsam, daß sie auch die nicht die Rechte eines Pflegers genießenden Pflegepersonen zu den Erziehungsberechtigten rechnen. Anders verhält es sich bei dem Gesetz über die religiöse Kindererziehung, das eine Sonderregelung im Rahmen des Art. 7 II GG darstellt und sich daher nicht für die allgemeine Interpretation des Begriffs des Erziehungsberechtigten eignet. Daraus ergibt sich, daß nur die beiden weitgehend übereinstimmenden erstgenannten Rechtsnormen einen allgemeinen Grundsatz zum Ausdruck bringen. Folglich gehören auch *sonstige Pflegepersonen* zu den Erziehungsberechtigten i.S.v. Art. 6 III GG.<sup>238</sup> Jedoch genießt dieser Personenkreis nicht dauerhaft den Schutz des Art. 6 III GG. Widerruft nämlich der Inhaber des Personensorgerechts die Vereinbarung mit der Pflegeperson hinsichtlich der Ausübung des Sorgerechts, sind die Pflegepersonen ab diesem Zeitpunkt

---

<sup>235</sup>Maunz-Dürig-Maunz, Art. 7, 31

<sup>236</sup>RGBl 1921, 939, 1263

<sup>237</sup>Maunz-Dürig-Maunz, Art. 7, 32

<sup>238</sup>BVerfGE 68, 176, 187, 189 = FamRZ 1985, 39; Salgo, FamRZ 1999, 337, 338



keine Erziehungsberechtigten mehr.<sup>239</sup> Dies hat zur Folge, daß die Pflegepersonen mit dem Widerruf der Vereinbarung ihren Status als Erziehungsberechtigte i.S.v. Art. 6 III GG verlieren. Demzufolge schützt Art. 6 III GG diese Gruppe von Pflegeeltern nicht vor einer Herausnahme des Kindes aus der Pflegestelle durch den Personensorgeberechtigten; denn sie genießen im Zeitpunkt des Herausgabeverlangens nicht mehr den Schutz des Art. 6 II GG. Dies bedeutet, daß Art. 6 III GG diesen Pflegeeltern lediglich Schutz gegenüber dem Staat und gegenüber Dritten, nicht jedoch gegenüber dem Inhaber der Personensorge gewährt.<sup>240</sup>

Art. 6 III GG schützt eine Pflegeperson davor, daß das Pflegekind gegen ihren Willen von ihrer Familie getrennt wird. *Trennung* von der Familie bedeutet die faktische Trennung bei grundsätzlichem Fortbestand der Eltern-Kind-Beziehung und der darauf beruhenden Rechte und Pflichten.<sup>241</sup> Mittelbar ergibt sich dadurch ein Rechtsanspruch auch des Kindes auf Verbleib in der Familie. An der Seite des Individualrechts der Pflegeperson steht das Recht des Kindes. Eine Trennung "*gegen*" den Willen wird schon dann angenommen, wenn sie "*ohne*" den Willen des Erziehungsberechtigten erfolgt.<sup>242</sup> - Den Begriff der Familie gebrauchen Art. 6 I und III GG ohne jede Unterscheidung; er ist deshalb in beiden Absätzen der gleiche.

Das Schutzrecht der Pflegeeltern und des Kindes kann mit den Interessen der staatlichen Gemeinschaft kollidieren. Einen daraus entstehenden Konflikt vermeidet der Verfassungsgeber dadurch, daß er eine Trennung in einigen Fällen zuläßt. Grundvoraussetzung ist ein förmliches *Gesetz*, zusätzlich ein Versagen der Pflegeperson oder eine drohende Verwahrlosung des Kindes. Unter "*Versagen*" versteht man das Nichterfüllen von Pflichten. Der Begriff "*Verwahrlosen*" bedeutet das Abgleiten des Kindes in körperlicher, geistiger und sittlicher Hinsicht in einen Zustand der Anormalität oder Hilflosigkeit.

Obwohl der Gesetzgeber in Art. 6 III GG das Wort "*nur*" gebraucht, ist es umstritten, ob Art. 6 III GG die Trennungsgründe erschöpfend aufzählt oder ob Kinder auch aus anderen Gründen als wegen drohender Verwahrlosung von den Erziehungsberechtigten getrennt werden dürfen.<sup>243</sup> Doch diese Thematik wird nicht hier, sondern im Teil 3 B II (Beendigung des Pflegeverhältnisses nach öffentlichem Recht) abgehandelt.

---

<sup>239</sup> BK-Jestaedt, Art. 6 II u. III, 236

<sup>240</sup> Pieroth/Schlink, Rnr 754, S. 176

<sup>241</sup> Maunz-Dürig-Maunz, Art. 6, 35

<sup>242</sup> Maunz-Dürig-Maunz, Art. 6, 36

<sup>243</sup> Pieroth/Schlink, Rnr 746, S. 174

#### 4. Die Auswirkung der Grundrechte aus Art. 1, 2 und 6 GG auf das Konkurrenzverhältnis zwischen den Pflegeeltern und der Herkunftsfamilie

Art. 6 III GG schützt vor staatlichem Erziehungseinfluß. Er gilt ebenso wie die anderen Grundrechte im familiengerichtlichen Herausgabeverfahren gem. § 1632 III BGB n.F. nicht bloß nach Maßgabe der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte, sondern unmittelbar; denn in einem solchen Verfahren spricht der Staat den Parteien keine privaten Rechte zu, sondern trifft selbst Anordnungen.<sup>244</sup> Jedoch liegt in der Verpflichtung der Pflegeeltern zur *Herausgabe des Kindes an die natürlichen Eltern kein Eingriff* in das Erziehungsrecht der Pflegeeltern;<sup>245</sup> denn eine solche Verpflichtung bezweckt allein, es den leiblichen Eltern zu ermöglichen, ihr Sorgerecht wieder selbst auszuüben und nicht einen staatlichen Erziehungseinfluß zu Lasten der Eltern oder sonstigen Erziehungsberechtigten zu begründen. Solche staatlichen Maßnahmen berühren nicht den staatlichen Schutzbereich des Art. 6 III GG.<sup>246</sup> Der Schutz des Art. 6 III GG zugunsten der Pflegeeltern wirkt nicht gegenüber den natürlichen Eltern, bei denen dem Kind keine Verwahrlosung droht.<sup>247</sup>

Die leibliche Elternschaft ist kein konzeptioneller Gegensatz von Kindesinteresse und Elternrecht. Das Kindesinteresse gebietet es, hauptsächlich an die natürliche Elternschaft anzuknüpfen, da "in aller Regel Eltern das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder Institution".<sup>248</sup> Hierauf aufbauend geht Art. 6 II 1 GG im Grundsatz davon aus, daß das Elternrecht der biologischen Eltern und das Kindesinteresse sowie das Kindesrecht zusammenfallen.<sup>249</sup> Weil Pflegeverhältnisse institutionell auf Zeit und nicht auf Dauer aufgebaut sind, fällt bei Pflegeverhältnissen eine Trennung weniger ins Gewicht als bei leiblichen Familien. Folglich kann den Pflegepersonen eine Wegnahme des Pflegekindes prinzipiell zugemutet werden.<sup>250</sup>

Das *Elternrecht* (Art. 6 II GG) ist *kein Herrschaftsrecht*,<sup>251</sup> sondern eine treuhänderische, dem Kind und dem Staat gegenüber pflichtgebundene Rechtsposition. Die Eltern besitzen dieses Grundrecht nicht im eigenen Interesse, sondern ausschließlich im Interesse ihrer Kinder, da diese ihre eigenen Interessen noch nicht selbst erkennen und wahrnehmen können.<sup>252</sup> - *Kinder sind keine Sachen*; daher gibt es auch - anders als dies noch in

<sup>244</sup> Pieroth/Schlink, Rnr 754, S. 175/176

<sup>245</sup> BVerfGE 68, 176, 187; Pieroth/Schlink, Rnr 754, S. 176

<sup>246</sup> BK-Jestaedt, Art. 6 II und III, 237

<sup>247</sup> BVerfGE 68, 176, 187; Pieroth/Schlink, Rnr 754, S. 176

<sup>248</sup> BVerfG, FamRZ 1982, 1179, 1182

<sup>249</sup> Coester, JZ 1992, 809, 810

<sup>250</sup> BVerfG, FamRZ 1989, 31, 33

<sup>251</sup> Staudinger-Salgo, § 1642, 48

<sup>252</sup> Maunz-Dürig-Maunz, Art. 6, 22; BayObLG, FamRZ 1984, 1260

RGZ 122, 24, 26 ff zum Ausdruck kommt - *kein Recht auf den Besitz von Kindern*.<sup>253</sup> Derartige Eigentums- oder Besitzrechte von Menschen an anderen Menschen, die der Sklaverei und der Leibeigenschaft ähneln, sind unvereinbar mit der rechtlichen Gleichheit der Menschen und verstoßen daher gegen die Menschenwürde aus Art. 1 I GG.<sup>254</sup> Die *treuhänderische Rechtsposition der Eltern* hat der Entfaltung des Kindes zur selbstverantwortlichen Persönlichkeit zu *dienen*.<sup>255</sup> Das Elternrecht ist ein fremdnütziges Recht, das allein im Interesse des Kindes und dessen Wohl ausgeübt werden muß und das sich in keinem Fall gegen das Kind richten darf. *Eltern*, die sich *ihrer Verantwortung entziehen*, können sich gegenüber staatlichen Eingriffen zum Wohl des Kindes *nicht* auf das *Elternrecht* berufen.<sup>256</sup> Die umfassende Pflicht- und Funktionsbindung an das Kindeswohl steht der Einräumung eines prinzipiellen Vorrangs für die genetische Elternschaft entgegen.<sup>257</sup> Das Elternrecht hat regelmäßig für einen beschränkten Zeitraum hinter den Kindesinteressen zurückzutreten.

Im Rahmen von *Verbleibensanordnungen* kommt es bei der Abwägung zwischen Kindeswohl und Elternrecht entscheidend darauf an, ob das Kind wieder zu seinen leiblichen Eltern zurückkehren soll oder ob lediglich ein *Wechsel der Pflegefamilie* geplant ist. Hiernach richtet sich das Maß der Unsicherheit über potentielle Beeinträchtigungen des Kindes, das unter Berücksichtigung seiner Grundrechtsposition hingenommen werden kann. Grundsätzlich ist die Risikogrenze weiter zu ziehen, wenn die natürlichen *Eltern* oder ein Elternteil *selbst wieder die Erziehung des Kindes übernehmen wollen*.

Eine andere Situation liegt aber dann vor, wenn die Eltern lediglich den Wechsel der Pflegefamilie bezwecken, ohne daß wichtige, das Kindeswohl betreffende Gründe dies ratsam erscheinen lassen. Die Durchsetzung des Personensorgerechts in der Form des Aufenthaltsbestimmungsrechts steht in einem solchen Fall nur dann im Einklang mit Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, wenn trennungsbedingte körperliche und seelische Schädigungen mit hinreichender Sicherheit auszuschließen sind.<sup>258</sup> Dies liegt in der besonderen Gefahr des mehrfachen Wechsels der sozialen Umgebung, der beträchtliche Beeinträchtigungen für die weitere Entwicklung des Kindes mit sich bringen kann und somit nicht dem Wohl des Kindes entsprechen wird.<sup>259</sup>

Eine andere Rechtslage ist gegeben, wenn die *Trennung* von den *Pflegeeltern* dazu dient,

---

<sup>253</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 2

<sup>254</sup> Pieroth/Schlink, Rnr 406/407, S. 89/90

<sup>255</sup> Maunz-Dürig-Maunz, Art. 6, 25 g

<sup>256</sup> Maunz-Dürig-Maunz, Art. 6, 35

<sup>257</sup> BVerfGE 24, 119, 143

<sup>258</sup> BVerfGE 75, 201; Pieroth/Schlink, Rnr 754, S. 176

<sup>259</sup> BVerfG, FamRZ 1989, 31

die Adoption und hierfür zunächst die *Adoptionspflege* (§ 1744 BGB) zu ermöglichen. Die Adoption hat zum Ziel, einem Kind, das auf ein gesundes Zuhause verzichten mußte, ein Maximum an Geborgenheit und eine bessere rechtliche Stellung zu gewähren wie sie ein Pflegekind hat. In dieser Hinsicht ist die Annahme als Kind dem Status eines Pflegekindes vorzuziehen. Angesichts dieser Umstände ist dem *Herausgabeantrag der leiblichen Eltern* nicht nur dann stattzugeben, wenn eine Gefährdung des Kindeswohls durch den Wechsel von den Pflegeeltern zu den künftigen Adoptiveltern mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auszuschließen ist, sondern auch dann, wenn nach Ansicht des Gerichts die in Aussicht genommenen Adoptiveltern in der Lage sind, die wegen der Trennung zu erwartenden psychischen Beeinträchtigungen des Kindes zu mildern.<sup>260</sup>

Kommt es zu einer Konkurrenz von leiblicher und sozialer Elternschaft, können im Fall einer gefestigten Beziehung auch "soziale Eltern" eine Partizipation am Elternrecht selbst oder sogar dessen Übernahme beanspruchen.<sup>261</sup> Das BVerfG bejaht einen Verstoß gegen Art. 6 I und III GG in den Fällen, in denen sich die *Pflegepersonen jahrelang* dauerhaft *um das Kind gekümmert* haben oder sonstige relevante Umstände aus verfassungsrechtlichen Gründen einer Auflösung der Pflegefamilie mit der Folge der Trennung des Pflegekindes von den Pflegepersonen entgegenstehen.<sup>262</sup>

## **5. Die Auswirkung der Grundrechte aus Art. 1, 2 und 6 GG auf das Konkurrenzverhältnis zwischen den Pflegeeltern und dem Vormund oder Pfleger des Kindes**

Verlangt nicht der Inhaber der elterlichen Sorge, sondern der Vormund oder Pfleger des Kindes von den Pflegepersonen dessen Herausgabe, steht dem Vormund oder Pfleger kein Grundrecht zur Seite, weder das Elterngrundrecht nach Art. 6 II 1 GG noch - obwohl Erziehungsberechtigter im Sinn von § 2 II JÖSchG und § 7 I, Nr. 6 SGB VIII/KJHG - das Grundrecht aus Art. 6 III GG.

Wenngleich Vormünder und Pfleger ihre Rechte ausschließlich fremdnützig und nach pflichtgemäßem Ermessen wahrzunehmen haben, genießen sie den Schutz aus *Art. 6 II 1 GG* nicht, weil sie weder Familienmitglieder noch Eltern, sondern Vertrauenspersonen des fürsorgenden Staates sind.<sup>263</sup> Vormünder und Pfleger haben zwar die Funktion eines Ersatzes für die Eltern, treten aber - von Ausnahmen abgesehen - nicht in deren Grundrechtsposition ein.<sup>264</sup> Ebenso wenig steht Vormündern und Pflegern, die nicht mit dem Kind in häuslicher Gemeinschaft leben, das Grundrecht gem. *Art. 6 I GG* zu, da dieser ein

---

<sup>260</sup> BVerfGE 79, 51, 65

<sup>261</sup> Coester, JZ 1992, 809, 810

<sup>262</sup> BVerfG, FamRZ 1989, 31, 33

<sup>263</sup> BK-Jestaedt, Art. 6 II und III, 87 u. 88, Fn 217; BVerfGE 10, 302, 328; Beitzke/Lüderitz, S. 387; Isensee/Kirchhof-Zacher, § 134, 77

<sup>264</sup> BVerfG, FamRZ 1994, 223, 224

tatsächliches Zusammenleben von Eltern und Kindern voraussetzt. Art. 6 III GG schützt Erziehungsberechtigte vor der Trennung des Kindes von ihrer Familie; wenn das Kind aber nicht beim Vormund, sondern bei einer Pflegeperson lebt, steht dem Vormund das Grundrecht gem. Art. 6 III GG nicht zu.

Allerdings besteht insoweit eine Parallele zu einem Herausgabeverlangen des Inhabers der elterlichen Sorge, als auch die Herausnahme eines Kindes aus einer Pflegestelle durch einen Vormund oder Pfleger als Inhaber des Personensorgerechts ein Ende des Pflegeverhältnisses zur Folge hat. Mit der Beendigung des Pflegeverhältnisses verlieren die Pflegeeltern ihre Eigenschaft als Erziehungsberechtigte des Pflegekinds. Daher kommen ab diesem Zeitpunkt die Pflegepersonen ebenfalls nicht in den Genuß des Grundrechts aus Art. 6 III GG; auch setzt eine Trennung des Kindes von ihnen ihre Zustimmung nicht voraus.<sup>265</sup>

Somit konkurrieren im Fall der Herausnahme des Kindes aus der Pflegestelle durch seinen Vormund oder Pfleger die *Grundrechte des Kindes* aus Art. 2 I GG in Verbindung mit Art. 1 I GG mit den Grundrechten keiner anderen natürlichen oder juristischen Person. Dies bedeutet, daß dadurch den genannten Grundrechten des Kindes eine größere Bedeutung zufällt als wenn der Inhaber der elterlichen Sorge sein Elterngrundrecht gem. Art. 6 II 1 GG wieder selbst wahrnehmen will.<sup>266</sup>

Eine Ausnahme besteht aber in denjenigen Fällen, in denen es sich bei dem Vormund oder den Vormündern um Eltern des Kindes i.S.v. Art. 6 II 1 GG handelt; die Elterneigenschaft von Vormündern wurde vom Bundesverfassungsgericht in dem Sonderfall angenommen, in dem Großeltern zum Vormund ihres Enkelkinds bestellt wurden.<sup>267</sup> Da diesen Großeltern ebenso wie leiblichen und Adoptiveltern das Elterngrundrecht gem. Art. 6 II 1 GG zukommt, besteht hinsichtlich des Konkurrenzverhältnisses zwischen den Pflegepersonen und zu Vormündern ihres Enkelkinds bestellten Großeltern kein Unterschied zum Konkurrenzverhältnis zwischen den Pflegeeltern und der Herkunftsfamilie.

Ein Sonderproblem taucht in denjenigen Fällen auf, in denen ein Großelternteil des Kindes gem. § 1775 S. 1 BGB n.F. zusammen mit seinem Ehegatten, der nicht mit dem Kind verwandt ist, zum Mitvormund bestellt wurde. In diesen Fällen besitzt zwar der betreffende Großelternteil, nicht aber der andere Mitvormund ein Elternrecht gem. Art. 6 II 1 GG. Nach einfachem Recht muß in derartigen Fällen der Herausgabeantrag gegen die

---

<sup>265</sup> BK-Jestaedt, Art. 6 II und III, 236

<sup>266</sup> BK-Jestaedt, Art. 6 II und III, 87 und 88

<sup>267</sup> BVerfGE 34, 165, 200

Pflegepersonen gem. §§ 1800, 1632 I BGB von beiden Mitvormündern gem. § 1797 I 1 BGB gemeinsam gestellt werden.<sup>268</sup> Wird der Herausgabeantrag vom Familiengericht abgelehnt, obwohl die Grundrechte des Kindes aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG einen Verbleib des Kindes in der Pflegestelle nicht gebieten, verletzt diese gerichtliche Entscheidung nur hinsichtlich des zum Mitvormund bestellten Großelternteils das Elternrecht aus Art. 6 II 1 GG. Dennoch muß Art. 6 II 1 GG im Fall eines gemeinsamen Herausgabeantrags eines Großelternteils und seines nicht mit dem Kind verwandten Ehegatten, die beide zu Mitvormündern bestellt wurden, in gleicher Weise beachtet werden, als wenn ausschließlich Großeltern des Kindes zu Mitvormündern bestellt worden wären. Denn das Elternrecht gem. Art. 6 II 1 GG steht jedem Rechtsinhaber und damit auch jedem zum Vormund bestellten Großelternteil als sein Individualgrundrecht zu<sup>269</sup> mit der Folge, daß es unschädlich ist, daß der andere Mitvormund kein Elterngrundrecht besitzt.

## 6. Der Schutz der Pflegemutter durch Art. 6 IV GG

Eine Pflegemutter genießt nicht den Schutz des Art. 6 IV GG, der unter den Eltern die Mutter hervorhebt; denn Art. 6 IV GG normiert einen besonderen Anspruch auf Schutz und Fürsorge für die besonderen Belastungen von Schwangerschaft, Geburt und Stillzeit.<sup>270</sup> Derartige Belastungen können nur bei der Frau, die selbst das Kind erwartet oder bereits geboren hat, daß heißt bei der Mutter im Sinn von § 1591 BGB n.F. eintreten, nicht aber bei der Pflegemutter.<sup>271</sup>

## 7. Die Auswirkung der Grundrechte auf das Verfahrensrecht

Das Elternrecht (Art. 6 II 1 GG) wird nicht nur durch die Art. 1 I und 2 I GG zugunsten des Kindes, sondern auch durch Art. 6 II 2 GG zugunsten der staatlichen Gemeinschaft begrenzt. Ihr wird sowohl die Befugnis zur *Überwachung als auch* zur *Gestaltung* zur Pflicht gemacht mit der Folge, daß *sowohl* der *Staat als auch* die ihm eingeordneten *kommunalen Körperschaften* auf die *Gestaltung und Anwendung des* einschlägigen *Verfahrensrechts* entsprechend einzuwirken haben.<sup>272</sup> Das zeigt sich bei der Einfügung von Antragsrechten (§§ 1632 I und IV, 1630 III BGB) und Anhörungsrechten (§§ 50 a und 50 c FGG), aber auch bei der Anwendung des § 33 II FGG (unmittelbarer Zwang) und des § 12 FGG (Ermittlung von Amts wegen). Im einzelnen bedeutet dies:

<sup>268</sup> Palandt-Diederichsen, § 1797, 1

<sup>269</sup> Dreier-Gröschner, Art. 6, 76, Fn 261; BVerfGE 47, 46, 76

<sup>270</sup> Pieroth/Schlink, Rnr 717, S. 167

<sup>271</sup> AK-GG-Richter, Art. 6, 54; BAG, NJW 1984, 630

<sup>272</sup> BVerfGE 55, 171, 182

- Der Wahrung der Grundrechte des *Kindes* aus Art. 1 I und 2 I GG dient die Amtsaufklärungspflicht gem. § 12 FGG. In deren Erfüllung haben sich die Gerichte ggf. Gewißheit darüber zu verschaffen, ob die vorgesehenen Adoptiveltern in der Lage sind, dem Kind über schädliche Trennungsfolgen hinwegzuhelfen.<sup>273</sup>
- Um die Grundrechte der Eltern aus Art. 6 II 1 GG und des Kindes aus Art. 2 I und 1 I GG gleichmäßig zu gewährleisten, räumte der Gesetzgeber bei der Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten sowohl den leiblichen *Eltern als auch* den *Pflegeeltern* ein Antragsrecht ein (§ 1630 III 1 BGB n.F.) und stattete im Fall des Herausgabebeverlangens von Seiten der leiblichen Eltern die Pflegepersonen mit dem Recht aus, eine Verbleibensanordnung zu beantragen (§ 1632 IV BGB). Auch die Verleihung von Antragsrechten an die Pflegeeltern bezweckt, die Grundrechte des Kindes zu sichern.<sup>274</sup>
- Zur Sicherung der Grundrechte des Kindes aus Art. 2 I und 1 I GG hört das Gericht sowohl die Eltern und das Kind als auch die Pflegeeltern an (§§ 50 a, 50 b, 50 c FGG), damit richterliche Anordnungen im Sorgerechtsverfahren von den relevanten Gesichtspunkten ausgehen und pädagogisch richtige Zeitpunkte wählen.
- Der Sicherung der Grundrechte des Kindes aus Art. 2 I und 1 I GG speziell im *Vollstreckungsverfahren* dienen nunmehr die §§ 33 II 2 FGG und 1631 II BGB n.F. Denn § 33 II 2 FGG n.F. verbietet eine Gewaltanwendung gegen Kinder zur Durchsetzung von Umgangsrechten, während § 1631 II BGB n.F. mit seinem Verbot von seelischen Mißhandlungen einer Gewaltanwendung gegen Kinder zur Durchsetzung von Herausgabeentscheidungen entgegensteht.

Vor der Verabschiedung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes war in der Rechtsprechung und Literatur lange Zeit umstritten gewesen, ob und inwiefern die Grundrechte des Kindes aus Art. 2 I und 1 I GG und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Vollstreckbarkeit von Herausgabeentscheidungen und Umgangsrechten beschränken.<sup>275</sup> Mit der Einfügung des § 33 II 2 FGG n.F. und der Neufassung des § 1631 II BGB wurde diesem Meinungsstreit auf der einfachgesetzlichen Ebene die Grundlage entzogen.

---

<sup>273</sup> BVerfG, FamRZ 1989, 31

<sup>274</sup> BVerfG, FamRZ 1989, 31, 32; Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 35

<sup>275</sup> vgl. insbesondere BayObLG, FamRZ 1985, 737 ff und Knöpfel, FamRZ 1985, 1211 ff

## **B. Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) im Bereich Pflegeelternschaft/Pflegekinderwesen**

Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04.11.1950, ratifiziert durch Gesetz vom 07.08.1952,<sup>276</sup> in Kraft getreten am 03.09.1953,<sup>277</sup> hat den Rang eines *einfachen* Bundesgesetzes,<sup>278</sup> das die *deutschen Gerichte* unmittelbar *bindet*. Das BVerfG zieht die Konvention nicht als Maßstab heran und hat mehrfach betont, daß eine Verfassungsbeschwerde nicht auf die Behauptung einer Verletzung der EMRK gestützt werden kann.<sup>279</sup> Wohl aber sind völkerrechtliche Verträge mit Gesetzesrang in die Interpretation einzubeziehen, so daß sie deshalb für den Schutzbereich eines Grundrechts des GG Bedeutung erlangen. Aus diesem Grund zitiert das BVerfG bisweilen die EMRK-Artikel neben den deutschen Grundrechten.<sup>280</sup>

Auf dem Gebiet des Zivilrechts garantiert die EMRK *kein Recht auf ein Rechtsmittel bzw. einen Instanzenzug*.<sup>281</sup> Art. 13 EMRK, der - wie die Konvention insgesamt - nur Mindestanforderungen aufstellt, räumt lediglich ein Beschwerderecht bei einer nationalen Instanz ein.

Von den in der Konvention aufgeführten Menschenrechten und Freiheiten besitzt Art. 8 die größte Bedeutung für das deutsche Familienrecht. Er lautet:

"I. Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ...

II. Eine Behörde darf in Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist ..., zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer."

Auch die *Pflegefamilie* genießt den *Schutz des Art. 8 EMRK*; dies gilt unabhängig davon, ob man die Beziehungen zwischen Pflegekind und Pflegeeltern als von dem Begriff des "Familienlebens" erfaßt ansieht. Denn in jedem Fall fällt die Pflegefamilie bei *längerer* Betreuung des Kindes durch die Pflegeeltern unter den Begriff "Privatleben".<sup>282</sup>

Art. 8 EMRK begründet Abwehrrechte des einzelnen gegen willkürliche Eingriffe

---

<sup>276</sup>BGBI. 1952, II, S. 685, ber. S. 953

<sup>277</sup>BGBI. 1954, II, S. 14

<sup>278</sup>Maunz-Dürig-Dürig, Art. 1 Abs. II, Rn 59 m.w.N.

<sup>279</sup>BVerfGE 10, 271, 274; 64, 135, 157

<sup>280</sup>BVerfGE 74, 358, 370;

<sup>281</sup>Fahrenhorst, FamRZ 1996, 463

<sup>282</sup>Fahrenhorst, FamRZ 1996, 460, Fn 93 m. Verweisung auf EMRK, E 8257/78, 10.07.1978; X. gegen Schweiz, DR 13, 248, 250



staatlicher Behörden in sein Familienleben wie umgekehrt positive Verpflichtungen des Staates zum Schutz der Familie.<sup>283</sup> Sowohl mit der Verhängung einer Verbleibensanordnung als auch mit ihrer Aufrechterhaltung wird in das Familienleben der leiblichen Eltern eingegriffen. Falls ein solcher Eingriff nicht "in Übereinstimmung mit dem Gesetz" erfolgt und "notwendig in einer demokratischen Gesellschaft" ist, um eines der in Art. 8 II EMRK aufgezählten Ziele zu verfolgen, verletzt dieser Eingriff Art. 8 EMRK.<sup>284</sup> Eingriffe sind legitim, wenn sie zum Zweck des Kindeswohls erfolgen<sup>285</sup> und Umgangsrechte als Korrelat zur Verbleibensanordnung einräumen.

Aus der Formulierung "notwendig in einer demokratischen Gesellschaft" leitete die EKMR im Umkehrschluß eine Verletzung des Art. 8 EMRK bei *Unverhältnismäßigkeit* ab.<sup>286</sup>

Wenn Verbleibensanordnungen über Jahre hinweg bestehen ohne nennenswerten Umgang von Eltern und Kind, haben die biologischen Eltern einen Anspruch gegenüber den nationalen Stellen, Anstrengungen mit dem Ziel einer Rückkehr des Kindes zu unternehmen, der mit einer entsprechenden Verpflichtung dieser Organe korrespondiert.<sup>287</sup> Die Interessen der Gemeinschaft als Ganzes müssen in angemessener Art und Weise gegeneinander abgewogen werden, wobei der Konventionsstaat einen gewissen Ermessensspielraum besitzt.<sup>288</sup>

Die *Unterbringung der Kinder* bei mehrere hundert Kilometer von den Eltern entfernt wohnenden Pflegeeltern verletzt jedenfalls dann die EMRK, wenn eine Adoption nicht beabsichtigt ist.<sup>289</sup>

Art. 8 EMRK hat auch Einfluß auf das Verfahrensrecht. Die effektive Achtung des Familienlebens und die Irreversibilität einer mit einer Untersagung des Umgangs verbundenen Sorgerechtsentzugs verlangen auch nach der Straßburger Rechtssprechung, daß die Behörden und Gerichte zügig entscheiden und das *Verfahren beschleunigen*. Die EMRK verbietet, die Entscheidung über den endgültigen Verbleib des Kindes jahrelang in der Schwebe zu halten. Der bloße Zeitablauf soll kein entscheidender Faktor sein; alle Beteiligten müssen darauf hinwirken, daß ein Kind so schnell wie möglich zu seinen Eltern zurückkehrt.<sup>290</sup>

---

<sup>283</sup> Palandt-Diederichsen, Einl. vor § 1297, 7

<sup>284</sup> Fahrenhorst, FamRZ 1996, 461, Fn 113; Fall Olsson gegen Schweden Nr. 2, EGMR-Urteil v. 27.11.1992, Serie A, Bd 250, § 77

<sup>285</sup> Palandt-Diederichsen, vor § 1297, 7

<sup>286</sup> Fahrenhorst, FamRZ 1996, 457, Fn 37, und 454, Fn 6; dazu aus dem Bericht der EKMR im Fall Adele Johansen gegen Norwegen v. 17.01.1995, Beschw. Nr. 17383/90, angenommen am 13.10.1993

<sup>287</sup> Fahrenhorst, FamRZ 1996, 461, Fn 119, 120; EGMR (Fall Olsson)

<sup>288</sup> Fahrenhorst, FamRZ 1996, 461, Fn 123, 124; EGMR (Fall Olsson)

<sup>289</sup> Fahrenhorst, FamRZ 1996, 459, Fn 69; EGMR (Fall Olsson)

<sup>290</sup> Beschleunigungsgebot; Fahrenhorst, FamRZ 1996, 457, Fn 32, 36 und 461, Fn 167, Fall Hokkanen

Wird *Gewalt* (§ 33 II 1 und 2 FGG), insbesondere gegen über zehn Jahre alten Kinder, abgelehnt, so liegt eine Verletzung der EMRK nicht vor,<sup>291</sup> wenn die staatlichen Stellen ansonsten die in Anbetracht der Fallumstände möglichen Anstrengungen unternommen haben, um Eltern und Kind zusammenzuführen.

Weil das fehlende Recht der Großeltern und anderer nahestehender Personen zum persönlichen Umgang konventionswidrig war,<sup>292</sup> hat der deutsche Gesetzgeber § 1685 BGB n.F. geschaffen. Wie noch darzulegen sein wird, besitzt § 1685 BGB n.F. eine nennenswerte Bedeutung auch im Bereich des Pflegekinderwesens.

Bei einem Vergleich der *Rechtsprechung* der Europäischen Kommission für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte mit der Rechtsprechung in der Bundesrepublik Deutschland lassen sich vorwiegend unterschiedliche Schwerpunkte und weniger inhaltliche Unterschiede feststellen. Auch die sog. "Straßburger Organe"<sup>293</sup> betonen die herausragende Bedeutung des Kindeswohls bei der Abwägung der widerstrebenden Interessen, die gewöhnlich zwischen natürlichen Eltern und Pflegeeltern bestehen, sowie die eingeschränkte Zulässigkeit von Gewaltanwendung gegen das Kind bei der zwangsweisen Durchsetzung von Sorgerechtsentscheidungen.

Meines Erachtens fällt lediglich ein nennenswerter Unterschied ins Gewicht: Die Dauerpflegefamilie genießt erst nach einer *längeren*, bereits zurückgelegten *Dauer* des Pflegeverhältnisses den Schutz des Art. 8 EMRK. Im Rahmen des Art. 6 I GG genügt es hingegen, daß das Kind ausschließlich bei den Pflegeeltern lebt und die natürlichen Eltern dauerhaft an der Sorge für das Kind entweder verhindert oder uninteressiert sind.<sup>294</sup> Die unterschiedlichen inhaltlichen Schwerpunkte beruhen m.E. auf der Andersartigkeit der den "Straßburger Organen" zur Entscheidung vorgelegten Sachverhalte.

---

gegen Finnland, EGMR-Urteil v. 23.09.1994, Serie A, Bd 299 - A

<sup>291</sup> Fahrenhorst, FamRZ 1996, 465, Fn 203 u. 454 Fn 2; Fall Hokkanen

<sup>292</sup> Palandt-Diederichsen, vor § 1297, 7

<sup>293</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 53

<sup>294</sup> Schmid, S. 235

### Teil 3: Das Pflegeverhältnis

#### A. Begründung und Zweck von Pflegeverhältnissen

##### 1. Arten der Begründung von Pflegeverhältnissen

Pflegeverhältnisse können auf unterschiedliche Weise begründet werden. Gewöhnlich werden bei der Inpfleggabe eines Kindes *Abreden* getroffen, mögen diese nun mündlich erfolgen oder schriftlich festgehalten werden.<sup>295</sup> Zweck dieser Abreden ist es, die Rechte und Pflichten des Kindes, der Pflegeeltern und der leiblichen Eltern zu regeln.<sup>296</sup> Denkbar ist auch, daß sich die Abreden ohne ausdrückliche Vereinbarung *konkludent* aus der Übergabe des Kindes in die Obhut eines anderen ergeben. Dies kann zum Beispiel dann geschehen, wenn Nachbarn die Kinder eines bei einem Unfall schwer verletzten Elternpaares in ihre Obhut nehmen.<sup>297</sup> Ohne Abreden kann auch ein Pflegeverhältnis in Fällen von Kindesentziehung begründet worden sein. Außer der *widerrechtlichen* Begründung gibt es auch Fälle, in denen das Aufenthaltsbestimmungsrecht selbst oder das *Recht*, dieses in einer bestimmten Weise auszuüben, *umstritten* sind.

##### 2. Einordnung des Rechtsverhältnisses

Für die Einordnung des Rechtsverhältnisses als öffentlich-rechtliches oder privatrechtliches spielt die objektive Natur des Rechtsverhältnisses die maßgebliche Rolle.<sup>298</sup> Nachdem das Jugendamt für das Gebiet des Pflegekinderwesens zuständig (z.B. §§ 44, 35 a I, Nr. 3, 38 SGB VIII/KJHG) ist, könnte ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis in Frage kommen. Möglich wäre dies aufgrund eines subordinationsrechtlichen oder eines koordinationsrechtlichen Vertrags.

2.1 als *subordinationsrechtliche Verträge* werden nach der in § 54 S. 2 VwVfG enthaltenen Legaldefinition sämtliche Verträge bezeichnet, die eine Behörde mit einem Vertragspartner schließt, an den sie in der Sache auch einen Verwaltungsakt richten würde.<sup>299</sup> Diese wenig glückliche Definition meint alle öffentlich-rechtlichen Subordinationsverhältnisse, d.h. sämtliche Fälle, in denen die Behörde gegenüber dem Vertragspartner hinsichtlich der Vertragsgegenstand gewordenen Sache auch zum Erlass eines Verwaltungsakts befugt ist bzw. gewesen wäre, oder in denen sonst aufgrund der

<sup>295</sup>Schwab, A 75

<sup>296</sup>Jans/Happe/Saubier, § 33, 16 d, § 44, 25

<sup>297</sup>Giese, RdJB 1976, 65, 66

<sup>298</sup>Stelkens/Bonk/Sachs, § 54, 76, Fn 152; BVerwGE 22, 138, 140; 30, 65, 67; 42, 331, 332

<sup>299</sup>Kopp, VwVfG, § 54, 20

relevanten Rechtsnormen ein hoheitliches Über- und Unterordnungsverhältnis besteht. An einem derartigen *Über- und Unterordnungsverhältnis* fehlt es im Verhältnis zwischen Jugendamt und Pflegeeltern, da Pflegepersonen mangels einer einschlägigen Rechtsgrundlage *nicht* durch einen Verwaltungsakt zu Pflegeleistungen herangezogen werden dürfen.<sup>300</sup>

2.2 Ein *koordinationsrechtlicher Vertrag* ist ein *Verwaltungsvertrag*, sei es zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung, zwischen solchen und Privatpersonen oder auch zwischen Privatpersonen, auf dem Gebiet des *öffentlichen Rechts*, bei denen in bezug auf den Vertragsgegenstand kein Vertragspartner dem anderen übergeordnet ist.<sup>301</sup> Vorliegend sind diese Voraussetzungen nicht gegeben; denn ein Pflegevertrag zielt seinem Inhalt nach nicht auf eine Ausgestaltung oder Abänderung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen oder Berechtigungen, sondern auf die Pflege und Erziehung eines Kindes, das heißt auf eine privatrechtliche Pflicht ab.

2.3 Der Pflegevertrag stellt daher seinem Inhalt nach einen *zivilrechtlichen Vertrag* dar. Das elterliche Sorgerecht bestimmt die Strukturen des zivilrechtlichen Grundverhältnisses. Gelegentlich ist eine *Sonderform* feststellbar, nämlich dann wenn zum Beispiel das Jugendamt gemäß §§ 1751 I oder 1791 c BGB in die Position eines Vertragspartners rückt. Verträge zwischen dem Träger eines Jugendamts und Pflegeeltern über die Unterbringung von Minderjährigen bei diesen, gehören zu den sogenannten *fiskalischen Hilfsgeschäften*, die ihrerseits den Formen des Privatrechts unterliegen, obwohl sie unmittelbar der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben, hier auf dem Gebiet der Jugendhilfe, dienen.<sup>302</sup>

### 3. Wesen eines Pflegevertrages

Wenn Eltern ihr Kind in einer Pflegestelle unterbringen, ist es notwendig, daß die Eltern die Pflegeeltern in die Lage versetzen, Sorgerechte anstelle der Eltern ausüben zu dürfen. Der Übertragung der elterlichen Sorge durch Rechtsgeschäft steht aber die generelle Unübertragbarkeit von Familienrechten nichtvermögensrechtlicher Art wegen ihres höchstpersönlichen Charakters entgegen.<sup>303</sup> Nicht die elterliche Sorge, vor allem nicht die Personensorge selbst, sondern deren Ausübung wird durch den Pflegevertrag überlassen, und zwar höchstens nur insoweit sie den persönlichen Einfluß der Eltern nicht erfordert.<sup>304</sup> - Die Überlassung der elterlichen Sorge zur Ausübung kann im Gegensatz zur Übertragung eines Rechts (§§ 413, 398 BGB), bei der der Rechtsinhaber wechselt, mit einer

<sup>300</sup> OVG Münster, FamRZ 1986, 709, 711

<sup>301</sup> Kopp, VwVfG, § 54, 18

<sup>302</sup> OVG Münster, FamRZ 1986, 709, 710; KG, MDR 1978, 413; Giese, RdJB 1976, 65 ff

<sup>303</sup> Palandt-Heinrichs, § 399, 6, § 413, 3; Palandt-Edenhofer, § 1922, 40 und 43

<sup>304</sup> Giese, RdJB 1976, 65

Ermächtigung verglichen werden. Sie ist eine von Rechtsprechung und Lehre auf der Basis des § 185 BGB herausgebildete Rechtsfigur,<sup>305</sup> die dem Ermächtigten die Befugnis verleiht, im eigenen Namen über ein Recht des Ermächtigenden zu verfügen oder das Recht durch Einziehung oder anderweitig auszuüben.

Die Ermächtigung - oder hier mit anderen Worten - die Einwilligung der Inhaber der elterlichen Sorge beinhaltet die Erlaubnis, Teile der elterlichen Sorge wahrzunehmen. Damit bildet die Einwilligung einen Rechtsgrund für die andernfalls unzulässige Einmischung Dritter. Besitzen beide Eltern das Sorgerecht, müssen beide der Einschaltung des Dritten zustimmen. Dies gilt auch dann, wenn die Eltern getrennt leben; denn weil die Entscheidung über die Unterbringung des Kindes in einer Pflegestelle nicht alltäglicher Natur ist und die Auswirkungen der Entscheidung schwer abgeändert werden können, betrifft die Einwilligung eine Angelegenheit, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist (§ 1687 I 1 u. 3 BGB).<sup>306</sup>

Aufgrund der bloßen Überlassung der elterlichen Sorge zur Ausübung erhalten die Pflegeeltern noch nicht das Recht, namens des Kindes rechtsgeschäftlich zu handeln; hierzu bedarf es vielmehr zusätzlich einer entsprechenden Bevollmächtigung durch den Inhaber der elterlichen Sorge in der Form einer Untervollmacht zur gesetzlichen Vertretungsmacht gem. § 1629 I 1 BGB.

Wegen der unterschiedlichen Bindungswirkung ist zu unterscheiden zwischen den sorgerechtlichen Elementen, also der Gestattung der Ausübung von Funktionen der Elternsorge, und den schuldrechtlichen Elementen der Vereinbarung, das heißt dem obligatorischen Vertrag, den die Eltern hinsichtlich der Unterbringung des Kindes in einer Pflegestelle mit den Pflegeeltern schließen. Unbeschadet der Bindung der Eltern an die Zahlungsverpflichtung aus dem Vertrag, bindet die Einwilligung selbst die Eltern in keinem Fall. Daher dürfen die Eltern das Kind grundsätzlich zu jedem beliebigen Zeitpunkt aus der Obhut der Pflegepersonen nehmen, und zwar selbst dann, wenn ihre finanziellen Verpflichtungen aus dem obligatorischen Vertrag fortbestehen sollten.<sup>307</sup>

Wird das Kind nicht von seinen leiblichen Eltern, sondern von seinem Vormund oder Pfleger in der Pflegestelle untergebracht, so gilt im Prinzip das gleiche. Dem Vormund und im Prinzip auch dem Pfleger<sup>308</sup> obliegt gem. § 1793 I 1 BGB n.F. in gleicher Weise wie bei der elterlichen Sorge (§ 1626 BGB n.F.) die Sorge für den Mündel sowohl hinsichtlich der

---

<sup>305</sup> Palandt-Heinrichs, § 185, 13

<sup>306</sup> Schwab, Rnr 593, S. 281; Palandt-Diederichsen, § 1687, 21 - 22

<sup>307</sup> Schwab, Rnr 593, S. 281

<sup>308</sup> Palandt-Diederichsen, § 1915, 1

persönlichen als auch hinsichtlich der Vermögensangelegenheiten einschließlich der Vertretung in diesen Angelegenheiten.<sup>309</sup> Ebenso wie die elterliche Sorge sind auch das Sorgerecht des Vormunds bzw. des Pflegers unübertragbare Rechte mit der Folge, daß der Vormund oder der Pfleger den Pflegepersonen die tatsächliche Sorge für die Person des Kindes nur zur Ausübung überlassen darf, und zwar auch nur, soweit sie den persönlichen Einfluß des Vormunds oder Pflegers nicht erfordert.<sup>310</sup>

#### 4. Zweck, Vertragspartner, Inhalt und Form des Pflegevertrags

Ein Pflegevertrag dient dazu, die diversen rechtlichen Beziehungen zu regeln, die aus der Unterbringung des Kindes in einer Pflegestelle resultieren. Es empfiehlt sich, die einzelnen Rechte und Pflichten der Beteiligten genau festzulegen, um Unsicherheiten zwischen dem Inhaber der Personensorge und den Pflegepersonen zu vermeiden. Ein Pflegevertrag bezweckte bisher insbesondere, die sorgerechtlichen Aspekte der Tätigkeit der Pflegeeltern rechtlich abzusichern; hierfür besteht *infolge der Einfügung der §§ 1630 III und 1688 BGB n.F. nunmehr ein geringeres Bedürfnis*. Dennoch kann es ratsam sein, den Inhalt des § 1688 BGB n.F. gegebenenfalls in einer aufgrund der individuellen Verhältnisse modifizierten Form in den Pflegevertrag aufzunehmen; denn die Inhaber der Personensorge möchten selten von sich aus derartige Vereinbarungen treffen, weil die Eltern zusätzlichen Einfluß auf ihr Kind vermeiden wollen.<sup>311</sup> Die Situation ist vergleichbar mit jener zur Zeit der Geltung des § 1630 III BGB a.F.<sup>312</sup>

Ein Pflegevertrag kann nicht nur zwischen den Personensorgeberechtigten und den Pflegeeltern, sondern auch zwischen dem Jugendamt und den Pflegepersonen abgeschlossen werden; diese Möglichkeit besitzt heutzutage keine große Bedeutung mehr, da die §§ 36, 37 SGB VIII/KJHG Wert auf die vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Eltern und Jugendamt anstelle von Zwang legen und der Abschluß eines Pflegevertrags ohne oder gar gegen den Willen der Eltern mit diesem Grundsatz unvereinbar ist.<sup>313</sup>

Während das Bundesrecht den Pflegevertrag bislang nicht regelt, befassen sich einige Landesgesetze, beispielsweise in Bayern<sup>314</sup> und in Rheinland-Pfalz ausdrücklich mit dem Pflegevertrag.<sup>315</sup>

---

<sup>309</sup> Palandt-Diederichsen, § 1793, 1

<sup>310</sup> Palandt-Diederichsen, § 1793, 8

<sup>311</sup> Jans/Happe/Saubier, § 33, 55

<sup>312</sup> Jans/Happe/Saubier, § 33, 56

<sup>313</sup> Jans/Happe/Saubier, § 33, 16 g

<sup>314</sup> GVBl. 1993, S. 392 und GVBl. 1998, S. 416

<sup>315</sup> Jans/Happe/Saubier, S 44, 26

In Rheinland-Pfalz und in Bayern soll das *Jugendamt auf den Abschluß einer Pflegevereinbarung* zwischen dem Inhaber der Personensorge und den Pflegeeltern hinwirken (§ 21 AGKJHG/Rh-Pf. bzw. Art. 28 I BayKJHG). Die Rechtsbeziehungen selbst werden aber vom Jugendamt nicht festgelegt. Das Jugendamt trifft nur eine Beratungspflicht gem. §§ 1 III, Nr. 2 und 37 II SGB VIII/KJHG.<sup>316</sup>

Nach *Art. 28 II BayKJHG* sollte ein Pflegevertrag mindestens Regelungen *enthalten* über:

- voraussichtliche Dauer des Pflegeverhältnisses,
  - vereinbarte Besuchskontakte,
  - Entgegennahme von Leistungen zum Unterhalt des Kindes oder des bzw. der Jugendlichen nach § 39 SGB VIII/KJHG,
  - Ausübung von Aufgaben der Personensorge durch die Pflegeperson,
  - die von den Pflegeberechtigten bestimmte Grundrichtung der Erziehung,
- sowie einen Hinweis auf die Möglichkeit, das Jugendamt bei Meinungsverschiedenheiten als Vermittler im Rahmen des § 38 SGB VIII/KJHG in Anspruch zu nehmen.

Bislang bedienten sich Pflegeeltern des *Musterpflegevertrags*, der von der Arbeitsgemeinschaft für Jugendhilfe für die Jugendämter erarbeitet wurde.<sup>317</sup>

Der Pflegevertrag bedarf *keiner bestimmten Form*. § 518 I 1 BGB gilt nicht, da das als Gegenleistung gezahlte Pflegegeld keine Schenkung darstellt.

## 5. Geschäftsfähigkeit der Vertragschließenden

Weil das Pflegekindschaftsverhältnis in der Regel ein Vertrag ist, müssen die *Pflegepersonen* entweder voll geschäftsfähig sein oder die Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters besitzen. Allerdings wird das Jugendamt im Fall einer beschränkten Geschäftsfähigkeit des Pflegebewerbers seine Genehmigung kaum erteilen.<sup>318</sup>

Bei gemeinsamem Sorgerecht müssen die leiblichen Eltern geschäftsfähig sein. Ruht die elterliche Sorge eines Elternteils gem. § 1673 BGB wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit oder Geschäftsunfähigkeit, ist der andere Elternteil gem. §§ 1678 I 1, HS 1, 1629 I 1 BGB allein zur Vertretung des Kindes befugt. Ruht die elterliche Sorge beider Eltern gem. §§ 1673, 1674 BGB, muß gem. §§ 1773 I, 1793 BGB ein Vormund für das Kind tätig werden.

---

<sup>316</sup>Jans/Happe/Saubier, § 44, 25

<sup>317</sup>Oberloskamp, S. 6, Fn 6; Forum Jugendhilfe 4/1981, 6

<sup>318</sup>Oberloskamp, S 3

## 6. Die Pflegeerlaubnis und Folgerungen aus dem Fehlen der Pflegeerlaubnis

Wer ein Kind oder einen Jugendlichen oder eine Jugendliche außerhalb des Elternhauses in seiner Familie regelmäßig betreuen oder ihm Unterkunft gewähren will, bedarf - abgesehen von den Fällen des § 44 I 2 und 3 SGB VIII/KJHG - einer Erlaubnis (§ 44 I 1 SGB VIII/KJHG). Die Pflegeerlaubnis ist schriftlich oder zur Niederschrift beim örtlich zuständigen Jugendamt (§ 87 a I SGB VIII/KJHG) zu beantragen (Art. 21 I 1 BayKJHG). Die Erlaubnis ist ein Verwaltungsakt und wird vom Jugendamt schriftlich erteilt oder unter Beifügung einer Rechtsbehelfsbelehrung (§ 58 VwGO) schriftlich abgelehnt. Sie gilt nur für die in ihr bezeichneten Kinder und Jugendlichen (Art. 21 I 2 BayKJHG) und bezieht sich nicht auf einen bestimmten Vertrag, da ein derartiger Vertrag nicht vorgeschrieben ist. Dennoch wird eine Bezugnahme auf den Pflegevertrag in der schriftlichen Begründung aufgrund praktischer Erfahrungen empfohlen.<sup>319</sup>

Die Pflegeerlaubnis soll bei gleichgeeigneten Personen vorzugsweise Eheleuten, kann aber auch Einzelpersonen erteilt werden. Der Altersunterschied zwischen Pflegepersonen und dem Kind oder dem bzw. der Jugendlichen soll einem Eltern-Kind-Verhältnis entsprechen (Art. 21 II BayKJHG).

Die Pflegeerlaubnis ist zu versagen, wenn das Wohl des Kindes oder des bzw. der Jugendlichen in der Pflegestelle nicht gewährleistet ist. Sie ist insbesondere zu versagen,

- wenn der Antragsteller nicht erziehungstüchtig ist,
- wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse und die Haushaltsführung offensichtlich nicht geordnet sind,
- wenn ansteckende oder ekelerregende Krankheiten in der Pflegefamilie oder Hausgemeinschaft vorhanden sind,
- wenn kein ausreichender Wohnraum vorhanden ist (Art. 22 BayKJHG).

Damit das Jugendamt seiner Aufgabe nachkommen kann, wurden in Art. 24 BayKJHG Meldepflichten festgelegt. Aufgrund des Art. 25 BayKJHG haben die Bediensteten des Jugendamts unter anderem das Recht, Auskünfte einzuholen und Wohnungen zu betreten.

Gegen die Ablehnung der Pflegeerlaubnis können, soweit die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, die Pflegeeltern, gegen die Erteilung der Pflegeerlaubnis die Eltern Widerspruch (§ 68 VwGO) erheben.

Die *erlaubnisfreie Familienpflege* ist in § 44 I 2 und 3 SGB VIII/KJHG geregelt. Danach bedarf einer Erlaubnis zum Beispiel nicht, wer ein Kind oder einen Jugendlichen

---

<sup>319</sup>Jans/Happe/Saubier, § 44, 31



- als Verwandter oder Verschwägerter bis zum dritten Grad oder
- im Rahmen eines Schüler- oder Jugendaustausches oder
- bis zur Dauer von acht Wochen betreut oder ihm Unterkunft gewährt.

Einer Erlaubnis bedarf ferner nicht, wer ein Kind während des Tages betreut, sofern im selben Haushalt nicht mehr als zwei weitere Kinder in Tagespflege oder über Tag und Nacht betreut werden.

Wird ein *Pflegevertrag* ohne die erforderliche *Pflegeerlaubnis* geschlossen, ist zu prüfen, ob § 134 BGB Anwendung findet. Nach dieser Rechtsnorm ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Unter einem *Rechtsgeschäft* versteht man den Gesamttatbestand, der vorliegen muß, damit die beabsichtigte Rechtsfolge eintreten kann. Zu diesem Gesamttatbestand gehört zwar notwendig eine Willenserklärung, jedoch kommen häufig noch andere Tatbestandsmerkmale hinzu, zum Beispiel eine weitere Willenserklärung wie beim Vertrag.<sup>320</sup> Somit ist der Abschluß eines Pflegevertrags ein Rechtsgeschäft. Das zwingende Erfordernis einer Pflegeerlaubnis stellt umgekehrt ein Verbot zum Abschluß eines Vertrags ohne diese Erlaubnis dar. Tatsache ist allerdings, daß § 44 SGB VIII/KJHG selbst keine *ausdrückliche* Nichtigkeitsregelung enthält. Deshalb muß anhand entsprechender Vorschriften und Entscheidungen der Wille des Gesetzgebers ermittelt werden. Vorliegend sind folgende Regelungen einschlägig:

- Das Jugendamt kann die Pflēgetätigkeit *untersagen*, wenn eine Pflegeerlaubnis wegen eines Versagungsgrundes nach Art. 22 verweigert werden mußte (Art. 27, 2 BayKJHG).
- *Leistungen* zum Unterhalt des Kindes oder Jugendlichen (§ 39 I SGB VIII/KJHG) sind von der Pflegeerlaubnis (§ 44 I SGB VIII/KJHG) abhängig.
- Mit *Geldbuße* kann belegt werden, wer entgegen einer vollziehbaren Anordnung nach Art. 27 BayKJHG (Untersagung der Pflēgetätigkeit) ein Kind oder einen Jugendlichen oder eine Jugendliche in seiner Familie regelmäßig betreut oder ihm bzw. ihr Unterkunft gewährt (Art. 55 Nr. 3 BayKJHG).
- Sorgerechtliche Befugnisse dürfen gem. § 1630 III BGB nur übertragen werden, falls die erforderliche Pflegeerlaubnis erteilt wurde.<sup>321</sup>
- Im *Einkommensteuerrecht* wird ein Pflegekind als Kind anerkannt, ohne daß es auf die Pflegeerlaubnis ankäme (§ 32 I, Nr. 2 EStG).
- Im Recht der Sozialleistungen (z.B. beim *Wohngeld*) macht die Rechtsprechung die Berücksichtigung von Pflegekindern *nicht* davon abhängig, ob deren Aufnahme einer

<sup>320</sup> Köhler-BGB-AT, Nr. 41, S. 50

<sup>321</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1630, 13, Fn 30; Schwab, A 97

Erlaubnis bedarf und ob erforderlichenfalls eine solche Erlaubnis vorliegt.<sup>322</sup>

Die Beispiele zeigen, daß der Gesetzgeber einen Pflegevertrag, der ohne Pflegeerlaubnis abgeschlossen wurde, als *existent* betrachtet und sich bei Verstößen gegen die Vorschrift *repressiver Mittel* bedient. Dies erscheint auch sinnvoll, denn mit der zivilrechtlichen Nichtigkeit gelangte der Gesetzgeber zu keinem vernünftigen Ziel, weil es sinnlos wäre, den rechtlichen Bestand einer mit dem Willen des Inhabers des Personensorgerechts entstandenen personalen und sozialen Wirklichkeit zu leugnen. Befindet sich ein Kind mit dem Willen des Inhabers des Sorgerechts bei einem Dritten in Pflege, gebietet es das *Kindeswohl*, daß dieser Dritte zur Wahrnehmung der Sorge- und Betreuungsfunktionen berechtigt und verpflichtet ist, solange das Kind tatsächlich bei ihm lebt. Eine Nichtigkeit der rechtsgeschäftlichen Grundlage dieses Pflegeverhältnisses würde dem Kindeswohl zuwiderlaufen, was nicht im Zweckbereich des § 44 SGB VIII/KJHG liegen kann. Daher muß der Kern der auf der Willenseinigung zwischen den Pflegeeltern und dem Inhaber des Sorgerechts basierenden Familienpflege gelten, solange sich das Kind aufgrund dieses Einvernehmens in der Pflegefamilie befindet. Die zivilrechtliche Nichtigkeit des Pflegevertrags wäre vom Sinn der Verbotsnorm her nicht die angemessene Rechtsfolge. Eine fehlende Pflegeerlaubnis hat daher nur eine *schwebende Unwirksamkeit des Pflegevertrags* zur Folge.<sup>323</sup> Mit der nachträglichen Erteilung der Pflegeerlaubnis als der vorgeschriebenen behördlichen Genehmigung erlangt der Pflegevertrag grundsätzlich mit rückwirkender Kraft seine volle zivilrechtliche Wirksamkeit.<sup>324</sup> Der Grund hierfür liegt im Zweck des Genehmigungserfordernisses gem. § 44 SGB VIII/KJHG:<sup>325</sup> denn dieser normiert eine Genehmigungspflicht für Pflegeverträge allein zum Schutz des Kindeswohls, und soweit aufgrund der nachträglichen Erteilung der Pflegeerlaubnis feststeht, daß dem Kindeswohl in der Pflegestelle von Anfang an keine Gefahr drohte, bestehen keine Bedenken gegen die volle zivilrechtliche Wirksamkeit des Pflegevertrags von Anfang an.

## 7. Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) eines Pflegevertrags

Sowohl Verträge, die Kinder zum Objekt eines Geschäfts machen,<sup>326</sup> als auch Verträge, die gegen die Familienordnung verstoßen,<sup>327</sup> sind generell sittenwidrig. Daher sind auch Verträge, in denen sich ein Vertragspartner zur *Zahlung eines Entgelts* für die Überlassung der Ausübung der elterlichen Sorge verpflichtet, wegen Sittenwidrigkeit nichtig.<sup>328</sup>

<sup>322</sup>Schwab, A 82, Fn 42; BVerwG, NV 1975, 54

<sup>323</sup>MüKo-BGB-Hinz, § 1630, 13

<sup>324</sup>Palandt-Heinrichs, § 275, 28

<sup>325</sup>Palandt-Heinrichs, § 275, 28; BGHZ 32, 389

<sup>326</sup>Medicus, BGB-AT, Rn 706 b, S. 261; OLG Hamm, JZ 1986, 441

<sup>327</sup>Palandt-Heinrichs, § 138, 46 und 48

<sup>328</sup>MüKo-BGB-Hinz, § 1626, 8; RG, Warn R 13. Nr. 183

## 8. Das Widerrufsrecht

Abreden über die Überlassung der Ausübung der tatsächlichen Personensorge dürfen jederzeit frei widerrufen werden. Vereinbarungen, die dieses *Widerrufsrecht einschränken* oder ausschließen, sind *unwirksam*,<sup>329</sup> da derartige Entscheidungen nach den herrschenden Wertvorstellungen in voller persönlicher Freiheit getroffen werden sollen. Die Folgen der Unwirksamkeit richten sich hierbei nach § 139 BGB. Dies bedeutet, daß sich die Rechtsfolgen der Teilnichtigkeit vorbehaltlich andersartigen Vereinbarungen am mutmaßlichen Parteiwillen orientieren.<sup>330</sup>

## 9. Die Vertretung beim Abschluß eines Pflegevertrags

Der Pflegevertrag kann sowohl von seiten des oder der Personensorgeberechtigten als auch auf seiten der Pflegeeltern durch einen Vertreter abgeschlossen werden, da eine Stellvertretung in sämtlichen Bereichen des rechtsgeschäftlichen Handelns zulässig ist, es sei denn, der Zulässigkeit der Stellvertretung stehen gesetzliche Vertretungsverbote oder ein wirksamer rechtsgeschäftlicher Ausschluß der Stellvertretung oder die "Natur des Rechtsgeschäfts" entgegen; letzteres wird heute nur noch anerkannt bei der Zustimmungserklärung des anderen Ehegatten gem. §§ 1365 I, 1366 I, 1369 BGB.<sup>331</sup>

Gem. § 167 I BGB bedürfen die Vertragspartner der Pflegepersonen, die nicht selbst Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts sind, einer Bevollmächtigung seitens des Inhabers des Aufenthaltsbestimmungsrechts. Schließt das *Jugendamt* mit den Pflegepersonen einen Vertrag ab, obwohl es weder gesetzlicher Vertreter des Kindes noch von diesem bevollmächtigt ist, so kann dieser Vertrag weder Rechte noch Pflichten für die Pflegepersonen begründen, da er einen *unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter*, das heißt zu Lasten der Pflegeeltern darstellen würde.<sup>332</sup> In einem derartigen Fall darf das Jugendamt lediglich selbst gegenüber den Pflegeeltern Rechtspflichten eingehen mit der Folge, daß sich hieraus keine Auswirkungen auf Dritte ergeben.

---

<sup>329</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1626, 8; RG, LZ 17, 1257; BayObLGZ 1927, 238, 240

<sup>330</sup> Palandt-Heinrichs, § 139, 14

<sup>331</sup> Staudinger-Schilken, Vorbem. zu §§ 164 ff, 40 - 41

<sup>332</sup> Oberloskamp, S. 5/6, Fn 5

## 10. Anspruchsberechtigte und Ansprüche aus dem Pflegevertrag

10.1 Ein Pflegevertrag zielt darauf ab, daß eine Pflegeperson an einen Dritten, nämlich ein Kind oder einen bzw. eine Jugendliche Leistungen zu erbringen hat. Umstritten ist, wer Gläubiger bzw. Begünstigter ist, das heißt, ob und wann es sich bei einem Pflegevertrag

- um einen unechten (ermächtigenden) Vertrag zugunsten eines Dritten,
- um einen echten (berechtigenden) Vertrag zugunsten eines Dritten (§ 328 I BGB) oder
- um einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter handelt.

10.2 Beim *unechten (ermächtigenden) Vertrag* zugunsten eines Dritten ist der Schuldner ermächtigt, mit befreiender Wirkung an den Dritten zu leisten; das Recht, die Leistung an den Dritten zu verlangen, steht aber allein dem Gläubiger zu.<sup>333</sup> Der Dritte erwirbt keine vertraglichen Schadensersatzansprüche mit der Folge, daß dem Dritten (Kind) nur die mit Nachteilen wie der Exkulpationsmöglichkeit bei der Gehilfenhaftung gem. § 831 I 2 BGB, der Beweislast für den Geschädigten und einer kürzeren Verjährungsfrist (§ 852 BGB) verbunden deliktischen Schadensersatzansprüche zustehen.<sup>334</sup> Hinsichtlich der Schadensersatzansprüche unterscheidet sich ein unechter Vertrag zugunsten Dritter in keiner Weise von einem Vertrag, an dem kein Dritter beteiligt ist.<sup>335</sup> Daher bringt ein unechter Vertrag zugunsten des Pflegekinds als einem Dritten dem Kind keine Vorteile.<sup>336</sup> Gegen die Annahme eines unechten Vertrags zugunsten Dritter spricht die Tatsache, daß der Abschluß eines Pflegevertrags einen Akt der Fürsorge des Personensorgeberechtigten beinhaltet.<sup>337</sup> Deshalb stellt ein Pflegevertrag keinen unechten Vertrag zugunsten Dritter dar.

10.3 Beim *echten (berechtigenden) Vertrag* zugunsten Dritter erwirbt der Dritte einen Anspruch gegen den Schuldner (§ 328 I BGB); hierfür müssen aber noch die Voraussetzungen gem. § 329 BGB erfüllt sein. Hiernach ist im Zweifel kein Vertrag zugunsten Dritter anzunehmen, falls der Verpflichtete (hier: die Pflegeperson) sich gegenüber seinem Vertragspartner (hier: dem Inhaber des Personensorgerechts) zur Befriedigung eines Gläubigers dieses Vertragspartners (hier: des Pflegekinds) verpflichtet, ohne die Schuld zu übernehmen. Bei der Schuld handelt es sich im Fall eines Pflegevertrags und die Erziehungs- und Fürsorgepflicht der leiblichen Eltern gem. § 1626 BGB bzw. die Erziehungs- und Fürsorgepflicht des Vormunds (§ 1793 BGB) oder des Pflegers (§§ 1915, 1793 BGB), von der der Inhaber des Personensorgerechts trotz der Inpfleggabe nicht

<sup>333</sup> Palandt-Diederichsen, vor § 328, 1; Fikentscher, Rn 247, S. 175

<sup>334</sup> Giese, RdJB 1976, 65, 67; Müko-BGB-Gottwald, § 328, 60

<sup>335</sup> Brox, Rn 363, S. 200

<sup>336</sup> Giese, RdJB 1976, 65, 67

<sup>337</sup> Palandt-Heinrichs, § 328, 3 und vor § 328, 1

entbunden wird. Bei einer bloßen Erfüllungsübernahme erwirbt das Kind als Gläubiger keine Ansprüche gegen die Pflegeeltern als Versprechende; es kann seine Ansprüche lediglich gegen den Inhaber des Personensorgerechts als seinem Schuldner geltend machen.<sup>338</sup> Aufgrund der internen Vereinbarung zwischen den Pflegeeltern und dem Inhaber des Personensorgerechts als Schuldner sind die Pflegeeltern als Versprechende dem Schuldner (Eltern, etc.) gegenüber zur Befriedigung verpflichtet. Bei einem Pflegevertrag ist dies regelmäßig nicht der Fall.<sup>339</sup>

Würde der Pflegevertrag einen echten Vertrag zugunsten Dritter darstellen, hätte das Kind als begünstigter Dritter gem. § 333 BGB das Recht, die Leistungen der Pflegeeltern zurückzuweisen mit der Folge, daß die Rechte aus dem Pflegevertrag als nicht erworben gelten würden. Das *Zurückweisungsrecht des Dritten* gem. § 333 BGB hat die Funktion des erforderlichen Gegenstücks zur rechtsbegründenden Kraft des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter, um zu verhindern, daß jemand gegen seinen Willen Gläubiger wird, was aus diversen Gründen unerwünscht sein kann.<sup>340</sup> Eltern, die ihr Kind einer bestimmten Person zur Pflege anvertrauen, wollen regelmäßig nicht, daß das Kind das Recht haben soll, sich einer Pflege durch diese Person zu entziehen, indem es deren Leistungen zurückweist. Daher rechtfertigen die Umstände des Einzelfalls bei einem Pflegevertrag regelmäßig nicht die Annahme eines echten Vertrags zugunsten Dritter, sondern im Einklang mit Literatur und Rechtsprechung<sup>341</sup> nur die Annahme eines *Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*.

#### 10.4 Die Merkmale eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sind:

10.4.1 Das Kind kommt als unmittelbarer Leistungsempfänger bestimmungsgemäß mit den vertraglichen Leistungen der Pflegepersonen in Berührung und ist der Gefahr von Schutzpflichtverletzungen in gleicher Weise ausgesetzt wie die leiblichen Eltern als Gläubiger.

10.4.2 Zwischen den Eltern als Gläubiger und dem Kind als Drittem besteht eine Beziehung mit personenrechtlichem Einschlag, das heißt hier eine familienrechtliche Beziehung.

---

<sup>338</sup> Fikentscher, Rn 613, S. 366

<sup>339</sup> anderer Ansicht: Palandt-Heinrichs, § 328, 3

<sup>340</sup> Fikentscher, Rn 258, S. 160

<sup>341</sup> RG, JW 1919, 38, in Staudinger-Jagmann, § 328, 117 betreffend Kind, das zur Pflege in einem Säuglingsheim untergebracht ist; MüKo-BGB-Gottwald, § 328, 87: Verträge der Eltern mit Kindergärten, Horten, Privatschulen, Heimen - OLG München, VersR 1979, 747 - oder anderen Aufsichtspersonen - Fn 30: OLG Koblenz, NJW 197'65, 2347 - entfalten immer Schutzwirkung zugunsten der Kinder

10.4.3 Die Schutzpflicht der Eltern für das Kind und die Tatsache, daß sich die Leistung auf das Kind bezieht, ist für die Pflegeperson als Schuldner erkennbar.

10.4.4 Das Kind als Dritter ist zumindest bei einem Personenschaden schutzbedürftig, da es seinerseits aus einem Schadensereignis, z.B. einer Körperverletzung infolge fehlender Beaufsichtigung durch die Pflegeeltern, keine vertraglichen Ansprüche desselben Inhalts hat.<sup>342</sup> Wegen der unterschiedlichen Beweislastverteilung bei vertraglichen und deliktischen Ansprüchen besteht der Schutzbedarf auch dann, wenn das Kind gleichzeitig deliktische Ansprüche (z.B. nach §§ 823 I oder 831 BGB) hätte.

10.5 Die *Rechtsfolgen* aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sind:

10.5.1 Das Kind erhält einen *vertraglichen* Schadensersatzanspruch, obwohl es nicht Vertragspartner der Pflegeeltern ist. Die Schutzwirkung kann sich auch auf *Sach- und Vermögensschäden* erstrecken.<sup>343</sup> Demgemäß können bei Sachschäden ein eigener Anspruch des Kindes und ein Anspruch der Eltern auf Liquidation des Drittinteresses nebeneinander bestehen.<sup>344</sup> Meines Erachtens sollte aber die Drittschadensliquidation (§§ 1626 I 2, 281 BGB) Vorrang haben, weil die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung Dritter von der Rechtsprechung aus der Not heraus geboren wurde und bei der Möglichkeit einer Drittschadensliquidation nicht benötigt wird.<sup>345</sup>

10.5.2 Einwendungen aus dem Vertrag stehen der Pflegeperson auch gegenüber dem Kind zu (§ 334 BGB analog); gesetzliche Haftungsbeschränkungen und rechtlich zulässige vertragliche Freizeichnungen wirken sich auch zu Lasten des Kindes aus.<sup>346</sup>

10.5.3 Das Kind muß sich grundsätzlich eigenes Mitverschulden und Mitverschulden der Eltern anrechnen lassen (§ 254 BGB).

10.5.4 Ist umgekehrt das Kind oder der bzw. die Jugendliche schadensersatzpflichtig, wirken sich die zwischen den Eltern und der Pflegeperson vereinbarten Haftungsbeschränkungen zu seinen Gunsten aus.

10.5.5 Das Kind kann sich auf kürzere Verjährungsfristen berufen, wenn sie sich für das

---

<sup>342</sup>BGHZ 70, 327, 329; Palandt-Heinrichs, § 328, 16 - 18; MüKo-BGB-Gottwald, § 328, 71 a; Köhler, SchR I, Nr. 63, S. 94 - 96

<sup>343</sup>BGHZ 49, 355; BGHZ 69, 82; NJW 77, 2074; anderer Ansicht: MüKo-BGB-Gottwald, § 328, 71 a; BGHZ 70, 327, 329; Köhler, PdW 2, Nr. 63

<sup>344</sup>Palandt-Heinrichs, § 328, 19; Söllner, JuS 1970, 163

<sup>345</sup>anderer Ansicht: Strauch, JuS 1982, 824

<sup>346</sup>Palandt-Heinrichs, § 328, 20

Vertragsverhältnis aus dem Gesetz ergeben oder vertraglich wirksam vereinbart wurden.<sup>347</sup>

10.5.6 Im Fall des Todes des bisherigen Inhabers der Personensorge wird ein Pflegevertrag, der als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Kindes ausgestattet ist, anders als ein Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB), hinfällig; denn die Personensorge als Teil der elterlichen Sorge geht wie alle Familienrechte nicht vorwiegend vermögensrechtlicher Art nicht auf die Erben über<sup>348</sup> mit der Folge, daß die Personensorge mit dem Tod des bisherigen Inhabers erlischt. Bei einem echten Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) wäre die Rechtsposition des Kindes stärker, denn das Kind würde einen unmittelbaren Anspruch gegen die Pflegepersonen auf Erfüllung des Vertrags und eigene vertragliche Schadensersatzansprüche gegen diese erwerben.<sup>349</sup>

10.5.7 Im Fall des Entzugs der gesamten Personensorge gem. § 1666 a II BGB wird der Pflegevertrag, soweit er als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter angesehen wird, vielfach hinfällig, weil eine Übernahme des Vertrags im ganzen durch den neuen Inhaber der Personensorge nur mittels einer in der Praxis schwer erreichbaren Zustimmung aller Beteiligten möglich ist.<sup>350</sup>

## 11. Die Gesamtschuld

Schließen Ehegatten als Pflegepersonen gemeinsam einen Pflegevertrag ab, begründen sie damit eine Gesamtschuld im Sinn von § 421 BGB, da die gemeinschaftliche Verpflichtung im Rahmen eines Pflegevertrags alle Merkmale einer Gesamtschuld erfüllt:

- Die Leistungspflichten beider Ehegatten sind identisch.
- Jeder Ehegatte verpflichtet sich zur gesamten Leistung, während der Inhaber des Sorgerechts als Gläubiger die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist.
- Die Verpflichtungen beider Ehegatten dienen objektiv demselben Zweck, nämlich der Erziehung und Pflege des Pflegekinds.<sup>351</sup>

## 12. Rechtliche Qualifikation des Schuldverhältnisses

12.1 Verpflichtet sich die Pflegeperson, ein von den Eltern übertragenes Geschäft, z.B. die Pflege, Erziehung und/oder Unterbringung des Kindes *unentgeltlich* zu besorgen, handelt es sich um einen *Auftrag* (§ 662 BGB). Er unterscheidet sich vom bloßen Gefällig-

<sup>347</sup> BGH, NJW 1976, 1844; OLG Celle, VersR 1993, 1493

<sup>348</sup> Palandt-Edenhofer, § 1922, 43

<sup>349</sup> Giese, RdJB 1976, 65, 67

<sup>350</sup> Palandt-Heinrichs, § 398, 38; Giese, RdJB 1976, 65 67

<sup>351</sup> Köhler, BGB-SchR I, Nr. 132, S. 207, 208

keitsverhältnis durch den *Rechtsbindungswillen*.<sup>352</sup>

12.2 Hingegen kann ein entgeltlicher *Pflegevertrag* nicht als *Geschäftsbesorgungsvertrag* (§ 675 BGB) qualifiziert werden, denn eine Geschäftsbesorgung setzt nach der Rechtsprechung<sup>353</sup> "eine entgeltliche selbständige Tätigkeit *wirtschaftlicher* Art" voraus, "für die ursprünglich der Geschäftsherr selbst zu sorgen hatte, die ihm aber durch einen anderen (den Geschäftsführer) abgenommen wird". Demnach rechtfertigt lediglich eine wirtschaftliche Tätigkeit die Anwendung der primär vermögensbezogenen Normen des Auftragsrechts mit der Folge, daß z.B. die ärztliche Tätigkeit nicht von § 675 BGB erfaßt wird.<sup>354</sup> Die *Betreuung von Kindern* im Rahmen eines Pflegeverhältnisses ist in ähnlicher Weise wie die ärztliche Tätigkeit *personenbezogen*. Typischerweise gehören zu den im Rahmen eines Pflegevertrags übernommenen Pflichten keine Pflichten vermögensrechtlicher Art wie etwa die Vermögensverwaltung, die Prozeßführung oder die Erledigung von Steuerangelegenheiten. Gewöhnlich fehlen den Pflegeeltern auch die für derartige Tätigkeiten erforderlichen Fachkenntnisse. Deshalb ist ein Pflegevertrag kein Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB).

12.3 Die Fachliteratur verwendet den Terminus "Pflegevertrag" für einen Vertrag, in dem verschiedene Vertragstypen miteinander verbunden sind.

Ein Pflegevertrag enthält zum Beispiel *mietvertragliche Elemente*, wenn eine Sache von ihrem Eigentümer einem anderen zur Nutzung überlassen wird, vorliegend also, wenn das Kind in der Wohnung der Pflegeeltern untergebracht ist.<sup>355</sup>

Auf *dienstvertragliche Elemente* deutet die Verpflichtung, das Kind beim Spielen zu beaufsichtigen und bei den Hausaufgaben zu betreuen, wenn also Leistungen erbracht werden, bei denen das bloße Wirken und die sorgfältige Leistung und nicht der Arbeitserfolg im Vordergrund steht und bei denen die Vergütung zeitbezogen ist.<sup>356</sup>

Dem Vertragstyp des *Werkvertrags* (§ 631 BGB) zuzurechnen ist ein Vertrag, aufgrund dessen die Herbeiführung eines gegenständlich faßbaren Arbeitserfolgs geschuldet wird und hierfür ein Entgelt zu entrichten ist.<sup>357</sup> Zu den werkvertraglichen Elementen des Pflegevertrags gehört daher die Verpflichtung, dem Kind die Kleidung zu waschen und die Schuhe zu putzen.

---

<sup>352</sup> Palandt-Thomas, vor § 662, 3

<sup>353</sup> BGHZ 45, 223, 229

<sup>354</sup> Medicus, § 105 II, S. 195, 196

<sup>355</sup> MüKo-BGB-Soergel, § 631, 20; Beitzke/Lüderitz, § 34 III, 3, S. 375

<sup>356</sup> MüKo-BGB-Soergel, § 631, 8, 12, 18, 22, 34; Palandt-Thomas, vor § 631, 5

<sup>357</sup> Palandt-Thomas, vor § 631, 5



Wenn verschiedene Vertragstypen derart miteinander verbunden sind, daß sie nur in einer Gesamtheit ein sinnvolles Ganzes ergeben und den vielfältigen Leistungen ein einheitliches Ganzes gegenübersteht, spricht man von einem *gemischten Vertrag*.<sup>358</sup> Bei einem Pflegevertrag sind in der Regel dienst-, werk- und mietvertragliche Elemente zu einer wirtschaftlichen Einheit miteinander verbunden, der eine Gegenleistung in Form des Pflegegeldes gegenübersteht. Um den Vertragszweck zu erreichen, ist jede Leistung notwendig, die einzelnen Elemente sind aufeinander abgestimmt. Somit ist der Pflegevertrag ein gemischter Vertrag, ähnlich wie ein Altenheimvertrag,<sup>359</sup> ein Heimpflegevertrag,<sup>360</sup> ein Internatsvertrag<sup>361</sup> oder ein Beherbergungsvertrag.<sup>362</sup>

Will man den Pflegevertrag zivilrechtlich qualifizieren, muß aber noch weiter unterteilt werden:

Ein Vertrag, bei dem nach Absicht der Parteien jedem Vertragstyp in etwa *gleiches Gewicht* zukommt, ist ein *Kombinationsvertrag*,<sup>363</sup> auf den grundsätzlich die Theorie von *Rümelin und Hoeniger* Anwendung findet. Danach gilt - falls ausdrücklich Abreden fehlen - *bei Leistungsstörungen das Recht des Vertragstyps, dem die betreffende Leistung angehört*.<sup>364</sup> Ist bei einem Pflegeverhältnis das Kind schon älter, gesund und in geistig-seelischer Hinsicht normal entwickelt, besitzen die Vertragstypen annähernd gleiches Gewicht und es kommt die *Kombinationstheorie* zur Anwendung.

Pflegekinder sind aber häufig Problemkinder, sei es, weil sie in irgendeiner Weise behindert sind oder zu Straftaten neigen. Dann brauchen sie eine intensivere pflegerische oder erzieherische Betreuung; zwangsläufig tritt die persönliche Dienstleistung in den Vordergrund. Der Grad der Betreuungsbedürftigkeit wirkt sich auf die Einordnung des Pflegevertrags aus. Zumindest bei besonders intensiver Betreuung kommt der dienstvertraglichen Leistung das Hauptgewicht zu. Wenn nach der Absicht der Parteien eine Leistung den anderen übergeordnet sein soll, hat dies zur Folge, daß das *Absorptionsprinzip* von Lotmar zur Geltung gelangt.<sup>365</sup> Das Absorptionsprinzip bedeutet, daß sich der gesamte Vertrag nach dem Recht der Hauptleistung richtet, vorliegend also grundsätzlich nach Dienstvertragsrecht.<sup>366</sup> Gegebenenfalls finden auch diejenigen Rechts-

<sup>358</sup> MüKo-BGB-Söllner, § 305, 44

<sup>359</sup> Palandt-Heinrichs, vor § 305, 21; BGHZ 73, 351; NJW 1981, 341

<sup>360</sup> Palandt-Putzo, vor § 535, 25

<sup>361</sup> Staudinger-Richardi, vor § 611, 58

<sup>362</sup> MüKo-BGB-Söllner, § 305, 44

<sup>363</sup> Staudinger-Löwisch, § 305, 33

<sup>364</sup> MüKo-BGB-Söllner, § 305, 45

<sup>365</sup> Staudinger-Löwisch, § 305, 29, 31 u. 38; MüKo-BGB-Söllner, § 305, 43

<sup>366</sup> Staudinger-Löwisch, § 305, 38

normen Anwendung, die für die untergeordnete Bedeutung besitzenden Leistungen, das heißt hier die miet- und werkvertraglichen Elemente, gelten, es sei denn, dies steht nicht im Einklang mit Zweck und Eigenart des Gesamtvertrags.<sup>367</sup>

12.4 Obwohl Pflegeverhältnisse regelmäßig durch einen Vertrag zwischen dem Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts und den Pflegepersonen begründet werden, ist es in Ausnahmefällen möglich, daß ein *Pflegeverhältnis ohne Vertrag* entsteht. Ein derartiger Fall ist z.B. dann denkbar, wenn Nachbarn die Kinder eines bei einem Unfall schwer verletzten Elternpaares in ihre Obhut nehmen.<sup>368</sup> In einem solchen Fall handelt es sich um eine *Geschäftsführung ohne Auftrag* (§§ 677 ff BGB).<sup>369</sup>

Da die Pflegepersonen von einem Einverständnis der leiblichen Eltern ausgehen können, entspricht die Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen der biologischen Eltern als Geschäftsherren. Somit liegt eine *berechtigte* Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683 BGB) vor.<sup>370</sup> Dies gilt auch dann, wenn die natürlichen Eltern lieber eine *Betreuung durch andere Pflegepersonen gewollt hätten*, weil ein entgegenstehender Wille der leiblichen Eltern gem. § 679 BGB unbeachtlich ist.<sup>371</sup> Denn ohne die Inobhutnahme des Kindes als Geschäftsführung könnte eine Pflicht der leiblichen Eltern als Geschäftsherren, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, nicht rechtzeitig erfüllt werden. Da die *im öffentlichen Interesse zu erfüllende* Pflicht hier eine *gesetzliche Unterhaltspflicht* der natürlichen Eltern als Geschäftsherren in der Form des Betreuungsunterhalts betrifft, braucht das öffentliche Interesse an der rechtzeitigen Erfüllung nicht eigens nachgewiesen zu werden;<sup>372</sup> denn sämtliche Leistungen der Pflegeeltern dienen der Erfüllung der den biologischen Eltern obliegenden Unterhaltspflicht, die sich sowohl aus der Gewährung von Naturalunterhalt als auch aus der Gewährung von Betreuungsunterhalt zusammensetzt.<sup>373</sup>

Allerdings dauert im Fall eines vertragslosen Pflegeverhältnisses die Berechtigung der Pflegeeltern zur Geschäftsführung ohne Auftrag in zeitlicher Hinsicht nicht unbeschränkt fort; denn die Pflegeeltern als Geschäftsführer haben gem. § 681 BGB die Geschäftsführung, d.h. die weitere Betreuung des Kindes zu *unterlassen, sobald* die natürlichen Eltern dies wünschen.<sup>374</sup>

---

<sup>367</sup> Staudinger-Löwisch, § 305, 38; RGZ 161, 321, 323 ff

<sup>368</sup> Giese, RdJB 1976, 65, 66

<sup>369</sup> Oberloskamp, S. 7

<sup>370</sup> Palandt-Thomas, vor § 677, 4

<sup>371</sup> Giese, RdJB 1976, 65, 66

<sup>372</sup> Fikentscher, Rn 935, S. 582

<sup>373</sup> Palandt-Diederichsen, § 1610, 3

<sup>374</sup> Fikentscher, Rn 937, S. 583, 584

### **13. Die Anwendbarkeit des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften (HausTWG)**

§ 1 I HausTWG setzt voraus, daß der Erklärende (Kunde) zu einer auf Abschluß eines Vertrags über eine entgeltliche Leistung gerichteten Willenserklärung bestimmt worden ist. Bei einem Pflegeverhältnis erbringen die Pflegepersonen die Leistung, die leiblichen Eltern sind Kunden. Bahnen die Eltern den Pflegevertrag an, ist die Voraussetzung des § 1 I HausTWG, daß die Eltern zu einer Willenserklärung bestimmt worden sind, nicht gegeben, weil umgekehrt die Pflegepersonen zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt wurden.

Nach § 6 I, Nr. 1, F. 2 HausTWG finden die Schutzbestimmungen des HausTWG dann keine Anwendung, wenn der Vertragspartner des Kunden nicht geschäftsmäßig handelt. Geschäftsmäßig handelt, wer unabhängig von den erzielten Einkünften die Absicht verfolgt, eine gleichartige Tätigkeit zu wiederholen und zu einem permanenten und wiederkehrenden Bestandteil seiner Beschäftigung zu machen<sup>375</sup> und dadurch Gewinne erzielen will. Tatsächlich ist das Pflegegeld - wie allgemein bekannt - im Verhältnis zu den Kosten, die ein Pflegekind verursacht, bescheiden und bestenfalls kostendeckend. Die Motive der Pflegeeltern sind überwiegend nichtkommerzieller Art. Da die Pflegeeltern nicht geschäftsmäßig handeln, findet somit das HausTWG auch gem. § 6 I, Nr. 1, F. 2 keine Anwendung.

### **14. Die Anwendbarkeit des Gesetzes zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)**

Das AGBG ist auf allgemeine Geschäftsbedingungen anwendbar. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelt sind (§ 1 II AGBG). Um einen individuell ausgehandelten Vertrag handelt es sich, wenn der Kunde die wirkliche Möglichkeit erhält, Einfluß auf den Inhalt der Vertragsbedingungen zu nehmen.<sup>376</sup> Sofern die leiblichen Eltern (Kunden) den Pflegevertrag mit den Pflegepersonen ausgehandelt haben, unterfällt der Vertrag nicht dem AGBG.

Sofern der Pflegevertrag auf einem Muster-Pflegevertrag basiert, könnte § 23 I, F. 3 AGBG einschlägig sein. Nach dieser Rechtsnorm findet das AGBG keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Familienrechts. Doch solche Verträge sind nur jene, die

---

<sup>375</sup> Palandt-Putzo, HausTWG § 6, 3

<sup>376</sup> Palandt-Heinrichs, AGBG § 1, 8

familien-rechtliche Beziehungen (§§ 1372, 1408, 1585 c, 1587 o BGB) regeln. Ein Pflegevertrag fällt nicht darunter.

Möglich wäre aber, daß § 24 I, Nr. 2 AGBG die Entscheidung beeinflußt. Die Rechtsnorm besagt: Bestimmte Teile des AGBG finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die *gegenüber* einer juristischen Person des öffentlichen Rechts verwendet werden. Wird ein Pflegevertrag *von* einem Jugendamt mit den Pflegeeltern geschlossen, werden die AGB aber gegenüber den Pflegepersonen, also gegenüber Privatpersonen, verwendet. Somit ist das AGBG auf Musterverträge in vollem Umfang anwendbar, ohne daß es des 1996 eingefügten § 24 a AGBG (Verbraucherverträge) bedarf.

### **15. Das Adoptionspflegeverhältnis (§ 1744 BGB) als Sonderfall**

Das BGB unterscheidet zwischen der Annahme Volljähriger und der Annahme Minderjähriger als Kind (§§ 1767 ff, 1741 ff BGB). Minderjährige können nur dann angenommen werden, wenn zu erwarten ist, daß zwischen dem Annehmenden und dem Kind ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht (§ 1741 I 1 BGB n.F., § 1768 I 2 BGB). Um die Prognose zu erleichtern, soll der Annehmende das Kind eine angemessene Zeit in Pflege gehabt haben (§ 1744 BGB). Das Pflegeverhältnis im Vorfeld der Adoption ist, wie der Standort der Rechtsnorm verdeutlicht, familienrechtlicher Art. Die einzelnen Modalitäten des Rechtsverhältnisses hat der Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelt, so daß allgemeine Rechtsgrundsätze anzuwenden sind.

Das Pflegeverhältnis entsteht entweder durch den Abschluß eines Vertrags oder durch die Annahme eines Auftrags. Die Voraussetzungen für eine Geschäftsführung ohne Auftrag dürften bei einem speziellen Adoptionspflegeverhältnis wohl kaum gegeben sein. Der Vertrag wird zwischen dem Sorgeberechtigten und dem Adoptionsbewerber geschlossen. Im Fall eines Auftrags fungiert der Sorgeberechtigte als Auftraggeber und der Adoptionsbewerber zunächst als Annehmender, später als Beauftragter.

Sorgeberechtigter kann der Inhaber der elterlichen Sorge (§ 1626 I BGB), ein Vormund (§ 1793 BGB) oder Pfleger (§ 1909 BGB) sein. Das Jugendamt kann unter den Voraussetzungen der §§ 1791 c, 1791 b, 1666 BGB Vormund sein.

Das Jugendamt kann aber auch während der Probezeit (§ 1744 BGB) Sorgeberechtigter werden; denn sobald die leiblichen Eltern in die Annahme ihres Kindes eingewilligt haben (§ 1747 I, II 1 BGB n.F.), ruht ihr Elternrecht (§ 1675 BGB), und das Jugendamt wird kraft Gesetzes Amtsvormund (§ 1751 I 2, HS 1 BGB) und rückt in die Position des Sorgeberechtigten ein.

Ob dies auch dann gilt, wenn die Einwilligung des betreffenden Elternteils gem. § 1748 BGB ersetzt wurde, ist zwar umstritten,<sup>377</sup> jedoch aus folgenden Gründen zu bejahen:

§ 1751 I 1, HS 1 BGB erwähnt zwar den Fall einer gerichtlichen Ersetzung der elterlichen Einwilligung gem. § 1748 BGB nicht ausdrücklich, doch stellt auch eine ersetzte Einwilligung eine Einwilligung im Rechtssinn dar, so daß es keiner ausdrücklichen Erwähnung der gerichtlich ersetzten Einwilligung im Rahmen des § 1751 I 1, HS 1 BGB bedurfte.<sup>378</sup> Für die letztgenannte Ansicht spricht die Entstehungsgeschichte des § 1751 I 1, HS 1 BGB: Im Regierungsentwurf zum Adoptionsgesetz war ursprünglich folgende Fassung des § 1751 I 1, HS 1 BGB vorgeschlagen worden: "Mit der Einwilligung eines Elternteils in die Annahme oder mit der Rechtskraft des Beschlusses, durch den das Vormundschaftsgericht die Einwilligung ersetzt, ruht die elterliche Gewalt dieses Elternteils".<sup>379</sup> Im späteren Gesetzgebungsverfahren wurde von einer gesonderten Erwähnung der gerichtlich ersetzten Einwilligung abgesehen, da diese "ebenfalls eine Einwilligung ist".<sup>380</sup>

Daher treten im Fall einer Ersetzung der Einwilligung gem. § 1748 BGB die gleichen rechtlichen Folgen wie im Fall einer tatsächlich erklärten Einwilligung gem. § 1747 BGB ein.<sup>381</sup>

Die Durchführung des Pflegeverhältnisses erfolgt im Rahmen der §§ 44 - 49 SGB VIII/KJHG. Eine einstweilige Anordnung wegen des besonderen Interesses an einem möglichst raschen Beginn des Adoptionsverhältnisses wurde selbst dann abgelehnt, wenn auch die Pflegeeltern die Adoption in nicht aussichtsloser Weise beantragt hatten.<sup>382</sup> Gem. § 1751 IV BGB ist der Annehmende dem Kind vor den Verwandten des Kindes zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet.

---

<sup>377</sup> Palandt-Diederichsen, § 1751, 1; bejahend: MüKo-BGB-Lüderitz, § 1751, 2 u. Staudinger-Frank, § 1751, 4; verneinend: AG Münster, DAV 1977, 271

<sup>378</sup> AG Münster, DAV 1977, 271, 272, 273; ablehnende Anmerkung: Czerner

<sup>379</sup> Staudinger-Frank, § 1751, 4; BT-Drucksache 7/3061, S. 5

<sup>380</sup> Staudinger-Frank, § 1751, 4; BT-Drucksache 7/5087, S. 14

<sup>381</sup> Staudinger-Frank, § 1751, 4

<sup>382</sup> BayObLG, NJW 1994, 668; Palandt-Diederichsen, § 1744, 3

## B. Beendigung des Pflegeverhältnisses:

### I. Die Beendigung nach bürgerlichem Recht

Die rechtlichen Beendigungsgründe sind ähnlich vielfältig wie die tatsächlichen, decken sich jedoch nicht mit diesen. Da die Pflegekindschaft im Schnittpunkt verschiedener Rechtsbereiche liegt, entspringen die Gründe zum Teil dem Zivilrecht und zum Teil dem öffentlichen Recht. Wesentlichen Einfluß haben die Art des Vertrags und die jeweiligen Konditionen.<sup>383</sup>

Der Pflegevertrag ist ein *gemischter Vertrag*, weil in ihm verschiedene Vertragstypen derart miteinander verbunden sind, daß sie nur in ihrer Gesamtheit ein sinnvolles Ganzes ergeben. Den vielfältigen Leistungen steht regelmäßig eine einheitliche Gegenleistung in Form eines Pflegegeldes gegenüber. Da eine Partei mehreren verschiedenen Vertragstypen entsprechende Hauptleistungen schuldet, zählt der Pflegevertrag, ähnlich wie ein Altenheimvertrag,<sup>384</sup> ein Heimpflegevertrag<sup>385</sup> oder ein Internatsvertrag<sup>386</sup> zur Gruppe der *Kombinationsverträge*. Der Pflegevertrag ist eine wirtschaftliche Einheit, und weil das Pflegekind einer umfassenden Betreuung, Pflege und Unterbringung bei denselben Personen bedarf, machte es für die natürlichen Eltern als Gläubiger keinen Sinn, wenn die Pflegeperson statt des gesamten Leistungspakets nur eine einzige Teilleistung zur Verfügung stellte. Dies hätte zur Folge, daß der Vertragspartner auch an die restlichen Vertrags-teile nicht gebunden wäre.

Pflegekinder bedürfen auffallend häufig einer intensiven erzieherischen Betreuung durch die Pflegeeltern, weil sie als sogenannte Problemkinder gelten oder gar behindert sind. Zwangsläufig muß dann die persönliche Dienstleistung im Vordergrund stehen; die werk- und miet-vertraglichen Elemente der Vereinbarung spielen deshalb eine etwas geringere Rolle.

Für den Fall, daß ausdrückliche Abreden fehlen, wurden zur Behandlung gemischter Verträge verschiedene Theorien entwickelt. Jedoch ist es hier ähnlich wie in anderen Wissenschaften: Eine Vielzahl von Theorien zur Lösung eines Problems deutet grundsätzlich darauf hin, daß jede Theorie nur einen Teilaspekt abdeckt und keine Theorie in der Lage ist, sämtliche Fallvarianten zufriedenstellend zu lösen. Eine dieser Theorien ist die *Absorptionstheorie* von Lotmar.<sup>387</sup> Danach ist der wichtigste Bestandteil eines Vertrags

<sup>383</sup> Oberloskamp, S. 62

<sup>384</sup> Palandt-Heinrichs, vor § 305, Rnr 21; BGH 73, 351; NJW 1981, 341

<sup>385</sup> Palandt-Putzo, vor § 535, Rnr 25

<sup>386</sup> Staudinger-Richardi, Vorbemerkung zu § 611 ff, 58

<sup>387</sup> Fikentscher, Rnr 650, S. 395; Palandt-Heinrichs, vor § 305, Rnr 24

zu suchen und die rechtliche Beurteilung danach vorzunehmen. Die weniger wichtigen Bestandteile treten in den Hintergrund bzw. werden absorbiert. Wichtigster Vertragsbestandteil und wirtschaftlicher Schwerpunkt eines Pflegevertrags ist wohl in aller Regel das personenbezogene, auf Dienstleistungen abzielende Element, so daß *allein das Dienstvertragsrecht (§ 611 BGB) anzuwenden* ist. Scheint diese Theorie im Einzelfall nicht zu einer befriedigenden Lösung zu führen, ist - wie auch bei den anderen Theorien - vom mutmaßlichen Parteiwillen auszugehen oder eine Lösung zu suchen, die dem Vertragszweck am besten entspricht.<sup>388</sup> Vorliegend wird davon ausgegangen, daß das Dienstvertragsrecht sowohl dem Vertragszweck als auch dem mutmaßlichen Parteiwillen am nächsten kommt. Dementsprechend eigentümlich sind die Gründe für die Beendigung des Pflegevertrags. Im wesentlichen kommen folgende in Betracht:

1. Das *Erreichen des Volljährigkeitsalters* von achtzehn Jahren (§ 2 BGB) stellt den alleinigen gesetzlichen Grund für eine Beendigung des Pflegeverhältnisses dar. Mit Eintritt der Volljährigkeit verlieren die leiblichen Eltern ihr Sorgerecht nach § 1626 BGB mit der Folge, daß sie die Erziehung und Pflege eines Kindes nicht mehr anderen Personen übertragen können.<sup>389</sup>

Da die zum Vertragsschluß befugte Person bei Eintritt der Volljährigkeit notwendig wechselt - bis dahin war der Inhaber des Personensorgerechts zum Vertragsschluß befugt, anschließend ist es das Pflegekind selbst, bzw. im Fall des § 1903 I BGB, das Pflegekind, vertreten durch seinen Betreuer (§ 1902 BGB) - verliert der Pflegevertrag mit Eintritt der Volljährigkeit automatisch seine Wirkung. Dennoch besteht die Möglichkeit, daß das Pflegeverhältnis vom volljährig Gewordenen fortgesetzt wird, indem er entweder einen neuen Pflegevertrag schließt oder den alten verlängert. Dies kann in der Form einer Hilfe für junge Volljährige nach § 41 SGB VIII/KJHG i.V.m. § 7 I Nr. 3 SGB VIII/KJHG unter Mitwirkung des Jugendamts oder ohne Einschaltung des Jugendamts als schlichte faktische Eltern-Kind-Beziehung geschehen.

2. Ebenfalls automatisch endet das Pflegeverhältnis durch *Zeitablauf*, falls der Vertrag auf eine bestimmte Zeit geschlossen (§ 620 I BGB) und nicht verlängert wurde. Eine Verlängerung könnte entweder mit Hilfe einer Verbleibensanordnung gem. § 1632 IV BGB oder stillschweigend im Rahmen des § 625 BGB erfolgt sein. Wurde das Pflegeverhältnis zwischen der Pflegeperson und dem Inhaber des Personensorgerechts stillschweigend verlängert, so gilt es als mit gleichem Vertragsinhalt auf unbestimmte Zeit, jedoch mit den gesetzlichen Kündigungsfristen, fortgesetzt.<sup>390</sup>

---

<sup>388</sup> Palandt-Heinrichs, vor § 305, Rnr 25

<sup>389</sup> Oberloskamp, S. 62, 63

<sup>390</sup> Palandt-Putzo, § 625, 4

3. Als weiterer Beendigungsgrund kommt wie bei allen Dauerschuldverhältnissen eine *Kündigung* in Betracht. Falls der Pflegevertrag eine Kündigungsfrist vorsieht, muß sie beachtet werden. Sieht der Vertrag keine Kündigungsfrist vor, gelten für die ordentliche Kündigung<sup>391</sup> die abdingbaren Kündigungsfristen des § 621 BGB.<sup>392</sup>

4. Anstatt durch eine Kündigung können die Vertragspartner ein Pflegeverhältnis auch durch einen zwar gesetzlichen nicht eigens geregelten, jedoch im Rahmen der Vertragsfreiheit (§ 305 BGB) zulässigen *Aufhebungsvertrag* (actus contrarius) beenden.<sup>393</sup>

5.1 Das *besondere Kündigungsrecht* gem. § 627 BGB, wonach es keiner Einhaltung einer Kündigungsfrist bedarf, besteht nicht, da deren Voraussetzungen fehlen. Denn das Kündigungsrecht gem. § 627 BGB hängt von folgenden Voraussetzungen ab, die *kumulativ* erfüllt sein müssen:

- Es darf kein *permanentes* Dienstverhältnis mit festen Bezügen bestehen.
- Der Dienstverpflichtete muß zu Diensten höherer Art verpflichtet sein, die üblicherweise aufgrund besonderen Vertrauens übertragen werden.<sup>394</sup>

Die *Dauerhaftigkeit* eines Dienstverhältnisses richtet sich nach Verkehrsanschauung und Sprachgebrauch. Prinzipiell ist davon auszugehen, daß ein dauerndes Dienstverhältnis vorliegt, wenn es auf längere Zeit angelegt ist oder tatsächlich schon seit längerer Zeit besteht.<sup>395</sup> Hierbei besitzen die Entgeltzahlungsperioden eine ebenso geringe Relevanz wie vereinbarte oder gesetzliche Kündigungsfristen. Nicht erforderlich ist, daß das Dienstverhältnis auf unbestimmte Zeit eingegangen worden ist,<sup>396</sup> ebensowenig eine soziale oder wirtschaftliche Abhängigkeit des Schuldners.<sup>397</sup> Ein permanentes Dienstverhältnis kann schon durch einen auf ein Jahr abgeschlossenen Dienstvertrag begründet werden, falls es sich um die Verpflichtung für ständige und langfristige Aufgaben handelt und beide Vertragspartner von der Möglichkeit und Zweckmäßigkeit einer Verlängerung ausgehen.<sup>398</sup> Nicht dauernd ist das Dienstverhältnis, falls es nach der Verkehrsanschauung weder für längere Zeit eingegangen noch tatsächlich für längere Zeit fortgesetzt wurde.

---

<sup>391</sup> Palandt-Putzo, § 621, 4

<sup>392</sup> Palandt-Putzo, § 621, 2; BGH, NJW 1964, 350

<sup>393</sup> Palandt-Heinrichs, § 305, Rnr 7

<sup>394</sup> MüKo-BGB/Schwerdtner, § 627, 4; BGHZ 47, 303, 305

<sup>395</sup> MüKo-BGB/Schwerdtner, § 627, 5

<sup>396</sup> BGHZ 90, 282

<sup>397</sup> BGHZ 106.341, 326

<sup>398</sup> MüKo-BGB/Schwerdtner, § 627, 6; BGH, NJW 1984, 1581



Da Verträge über Dauerpflegeverhältnisse in der Regel auf unbestimmte Zeit oder auf mindestens ein Jahr abgeschlossen werden, wird mit dem Abschluß des Pflegevertrags regelmäßig ein dauerhaftes Dienstverhältnis begründet, so daß allein aus diesem Grund schon die *Anwendbarkeit des § 627 BGB scheitert*.

5.2 Wurde das Pflegeverhältnis für *mehr als fünf Jahre* eingegangen, dürfen es die Pflegeeltern als Dienstverpflichtete *gem. § 624 S. 1, F. 2 BGB* nach Ablauf von fünf Jahren unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist (§ 624 S. 2 BGB) *kündigen*. Bei gemischten Verträgen ist § 624 BGB dann einschlägig, wenn im konkreten Fall die persönliche Dienstleistung überwiegt, was vor allem bei stark personenbezogenen Verträgen der Fall ist.<sup>399</sup> Da Pflegeverträge überwiegend auf die Person des Pflegekindes zugeschnitten sind, gehören sie eindeutig zu den stark personenbezogenen Verträgen mit der Folge, daß § 624 BGB Anwendung findet. Als außerordentliches Kündigungsrecht bezweckt § 624 BGB den Schutz des Dienstverpflichteten, hier der Pflegeeltern, vor einer übermäßigen Beschränkung seiner persönlichen Freiheit. Aus diesem Grund darf § 624 S. 1 BGB nicht abbedungen werden, § 624 S. 2 BGB lediglich insoweit, als die Kündigungsfrist verkürzt werden darf.<sup>400</sup>

5.3 Wie jedes Dauerschuldverhältnis, das eine persönliche Zusammenarbeit erfordert, kann ein Pflegevertrag, da keine gesetzliche Sonderregelung einschlägig ist, gemäß oder analog § 626 BGB, der einen allgemeinen Rechtsgrundsatz enthält, *aus wichtigem Grund* gekündigt werden.<sup>401</sup> Dieses außerordentliche Kündigungsrecht steht sowohl den natürlichen Eltern als auch den Pflegeeltern zu.

Ein wichtiger Grund i.S.v. § 626 BGB besteht stets dann, wenn Pflege und Erziehung des Kindes in der Pflegefamilie nicht mehr sichergestellt sind, z.B. bei Vernachlässigung oder Mißhandlung des Pflegekindes.

Ein wichtiger Grund kann auch aus dem Verhalten der *biologischen Eltern* herrühren, falls sie eine ordnungsgemäße Erziehung und Pflege des Kindes durch bewußte oder unbewußte Störungen verhindern. Als Beispiel hierfür seien wiederholte und grundlose nächtliche Telefonanrufe seitens der leiblichen Eltern bei den Pflegeeltern genannt, die so häufig oder so penetrant sind, daß sie die Pflegeeltern der für die ordnungsgemäße Erziehung des Kindes erforderlichen Nervenstärke berauben.

Denkbar ist auch ein wichtiger Grund in der Person des *Pflegekindes*, wenn dieses so große Erziehungsschwierigkeiten bereitet, daß die Pflegeeltern diese nicht mehr bewältigen können oder wenn sie infolge der Probleme des Pflegekindes zu einer ordnungsgemäßen

---

<sup>399</sup> Palandt-Putzo, § 624, 3

<sup>400</sup> Palandt-Putzo, § 624, 1

<sup>401</sup> Palandt-Putzo, § 626, 1; BGH, NJW 1972, 1128

Erziehung ihrer eigenen leiblichen Kinder außerstande sind.<sup>402</sup>

Daneben können auch Gründe, die in der Sphäre der *Pflegeeltern* wurzeln, einen wichtigen Grund i.S.v. § 626 BGB darstellen, insbesondere wenn diese wegen eigener gesundheitlicher Beschwerden, ansteckender Krankheit, hohen Alters, der Geburt weiterer leiblicher Kinder oder Erziehungsschwierigkeiten mit ihren bereits vorhandenen leiblichen Kindern, Ehescheidung oder dauerndes Getrenntleben nicht mehr die für die ordnungsgemäße Betreuung des Pflegekindes erforderliche Zeit oder Kraft aufbringen können. Als weitere Gründe sind in einem Mustervertrag Übersiedlung der Pflegeperson ins Ausland oder Tod der Pflegeperson genannt.<sup>403</sup>

5.4 Bei einem *unentgeltlichen* Pflegevertrag handelt es sich um einen Auftrag i.S.v. § 662 BGB mit der Folge, daß die leiblichen Eltern als Auftraggeber gem. § 671 I BGB grundsätzlich ein jederzeitiges Widerrufsrecht besitzen. In ähnlicher Weise dürfen die Pflegeeltern als Beauftragte das Pflegeverhältnis gem. § 671 II und III BGB stets kündigen.<sup>404</sup>

6. Wie grundsätzlich alle Verträge kann auch der Pflegevertrag wegen *Irrtums, arglistiger Täuschung und Drohung* gem. §§ 119 ff BGB *angefochten* werden.<sup>405</sup> Gem. § 142 I BGB hat dies zur Folge, daß der Pflegevertrag als von Anfang an nichtig gilt. Zwischen den Vertragspartnern eines nichtigen Pflegevertrags bestehen lediglich Ansprüche gem. § 812 ff BGB und unter Umständen gem. § 823 BGB.<sup>406</sup>

7. Ferner endet das Pflegeverhältnis gem. § 613 S. 1 BGB im Fall des *Todes der alleinstehenden Pflegeperson oder des Pflegeelternpaares*.<sup>407</sup>

Etwas anderes gilt jedoch bei Pflegeelternpaaren im Fall des Todes lediglich *eines* Pflegeelternteils. Wie im vorangegangenen Kapitel dargelegt, sind Pflegeelternpaare Gesamtschuldner i.S.v. § 421 BGB. Dies hat zur Folge, daß der Inhaber des Personensorgerechts als Gläubiger jeden Pflegeelternteil nach seinem Belieben ganz oder teilweise in Anspruch nehmen darf.<sup>408</sup> Ist ein Elternteil verstorben, bleibt dem Gläubiger daher immer noch die Möglichkeit, den überlebenden Pflegeelternteil in Anspruch zu nehmen. Sollte der überlebende Pflegeelternteil unfähig zur ordnungsgemäßen Betreuung des Pflegekindes sein, darf das Jugendamt die Pflegeerlaubnis gem. § 44 III 2 SGB VIII/KJHG widerrufen.

---

<sup>402</sup>Oberloskamp, S. 63

<sup>403</sup>Oberloskamp, S. 265

<sup>404</sup>Palandt-Thomas, § 671, 3

<sup>405</sup>Oberloskamp, S. 104

<sup>406</sup>Palandt-Putzo, § 611, 21

<sup>407</sup>Palandt-Putzo, § 613, 2

<sup>408</sup>Palandt-Heinrichs, § 421, 14

Dem Tod einer Pflegeperson steht m.E. auch die Todesvermutung aufgrund der Todeserklärung gem. § 9 I VerschG gleich.

8. Anders als es § 1741 II BGB n.F. für eine Adoption vorsieht, bestimmt keine Rechtsnorm, daß ein Ehepaar ein Pflegekind nur gemeinschaftlich annehmen kann. Daher führen weder die *Trennung* noch die *Scheidung* ipso iure zu einer Beendigung des Pflegeverhältnisses. Gleiches gilt hinsichtlich der *Aufhebung* der Ehe der Pflegeeltern gem. § 1313 BGB n.F. Auch eine *Sorgerechtsregelung* gem. §§ 1671, 1672 BGB scheidet aus, weil es sich bei dem Pflegekind *nicht* um ein *gemeinsames* Kind der Pflegeeltern handelt. Daher obliegt es dem Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts, zu entscheiden, bei welchem Ehegatten das Kind bleiben oder ob es in einer anderen Familie untergebracht werden soll. Zusätzlich kann das Jugendamt im Rahmen seiner Pflegekinderaufsicht gem. § 37 III SGB VIII/KJHG feststellen, daß der Verbleib des Kindes bei nur einem Pflegeelternteil dem Kindeswohl schadet und die Pflegeerlaubnis deswegen widerrufen bzw. das Kind aus der Pflegestelle nehmen.<sup>409</sup>

9. Das Pflegeverhältnis endet des weiteren auch *im Fall des Todes des Pflegekindes*.<sup>410</sup> Durch den Tod desjenigen, auf den die vertragliche Leistung abgestellt ist, wird die vertragliche Leistung gem. § 275 I BGB nachträglich unmöglich. Dem Tod des Pflegekinds steht m.E. auch in diesem Fall die Todesvermutung aufgrund der Todeserklärung gem. § 9 I VerschG gleich.<sup>411</sup>

10. Ebenso endet das Pflegeverhältnis im Fall der *Heirat des Pflegekinds*.<sup>412</sup> Denn mit der Heirat entfällt gem. § 1633 BGB die tatsächliche Personensorge der leiblichen Eltern,<sup>413</sup> so daß sie den Pflegeeltern nicht zur Ausübung übertragen werden kann.

11. Bei einer Gefährdung des Kindeswohls kann ein Pflegekind gem. § 1666 I, F. 4 und IV BGB n.F. durch eine familiengerichtliche Anordnung den Pflegeeltern weggenommen werden, wenn die leiblichen Eltern die Gefahr nicht selbst abwenden können oder wollen; denn die Gefährdung des Kindeswohls durch das Verhalten der Pflegepersonen stellt eine *Gefährdung des Kindeswohls durch das Verhalten eines Dritten* dar,<sup>414</sup> die dem Familiengericht gem. § 1666 IV BGB n.F. gestattet, ohne Mitwirkung der natürlichen

---

<sup>409</sup>Oberloskamp, S. 30

<sup>410</sup>Oberloskamp, S. 79

<sup>411</sup>Palandt-Heinrichs, 50. Aufl., München 1991, VerschG § 9, 1

<sup>412</sup>Oberloskamp, S. 265

<sup>413</sup>Palandt-Diederichsen, § 1633, 3 und § 1626, 15 - 16

<sup>414</sup>Staudinger-Coester, § 1666, 27

Eltern unmittelbar gegen die *Pflegeeltern als Dritte* einzuschreiten.<sup>415</sup> Verschuldensgesichtspunkte spielen im Rahmen des § 1666 I BGB keine Rolle.<sup>416</sup>

12. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob § 1666 a BGB, der bei einem Eingriff in das Grundrecht des Art. 6 III GG das Verhältnismäßigkeitsprinzip dadurch gewährleisten soll, daß er eine Trennung nur als ultima ratio zuläßt, auch zugunsten der Pflegeeltern gilt.

Direkt anwendbar ist § 1666 a I BGB lediglich auf eine gelebte und mit dem Sorgerecht ausgestattete Eltern-Kind-Gemeinschaft, d.h. auch auf die Adoptivfamilie und die aus einem alleinerziehenden, sorgeberechtigten Elternteil und einem oder mehreren Kindern bestehende Teilfamilie.<sup>417</sup> Dies bedeutet, daß sich die Pflegeeltern nur dann auf den direkten Schutz durch § 1666 a I BGB, der das Verhältnismäßigkeitsprinzip einfachgesetzlich konkretisiert,<sup>418</sup> berufen können, wenn ihnen gemäß § 1630 III BGB n.F. die elterliche Sorge im ganzen übertragen wurde. Allerdings gilt dieser Schutz nur eingeschränkt. Zwar genießen Pflegepersonen den Schutz vor einer Wegnahme des Kindes gegenüber dem Staat und gegenüber Dritten, nicht aber gegenüber den natürlichen Eltern. Eine Anwendung des § 1666 a I BGB zugunsten der Pflegeeltern im Fall einer Rückkehr des Kindes in die leibliche Familie würde das vorrangige Grundrecht der natürlichen Eltern gem. Art. 6 II 1 GG entwerten. Deshalb kann § 1666 a I BGB nur bei einem Wechsel der Pflegestelle analog angewendet werden. Gegen eine Rückführung des Kindes in die Herkunftsfamilie werden die Pflegeeltern allein durch § 1632 IV BGB geschützt.

13. Das Pflegeverhältnis endet in jedem Fall - ohne Rücksicht auf den Fortbestand des Pflegevertrags - mit der *Herausnahme des Kindes aus der Pflegestelle* durch den Inhaber des Personensorgerechts. Das Recht zur Herausnahme beruht auf dem Aufenthaltsbestimmungsrecht (§ 1631 I BGB n.F.), das der Inhaber des Personensorgerechts trotz der Inpflegelage behalten hat.<sup>419</sup> Hieran ändert auch die Einwilligung des Personensorgeberechtigten in die Ausübung der tatsächlichen Personensorge durch die Pflegepersonen nichts, weil die Einwilligung den Inhaber der Personensorge in keinem Fall bindet und dieser folglich das Kind grundsätzlich jederzeit aus der Pflegestelle nehmen darf.<sup>420</sup>

II. Die Pflegekindschaft steht genau an der Schnittstelle zwischen bürgerlichem und *öffentlichem Recht*.<sup>421</sup> Deshalb kommen zu den Beendigungsmöglichkeiten nach bürgerlichem Recht noch die folgenden Maßnahmen des Jugendamts bzw. der Polizei:

<sup>415</sup> Palandt-Diederichsen, § 1666, 55

<sup>416</sup> MüKo-BGB/Hinz, § 1666, 21; Palandt-Diederichsen, § 1666, 1; BT-Drucksache 8/2788, S. 58

<sup>417</sup> Staudinger-Coester, § 1666 a, 8

<sup>418</sup> Siedhoff, NJW 1994, 616, 619, Fn. 46; BVerfGE 60, 79 ff = NJW 1982, 1379 ff = FamRZ 1982, 567 ff

<sup>419</sup> Oberloskamp, S. 63

<sup>420</sup> Schwab, RnR 593, S. 281

<sup>421</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 55; Salgo, StAZ 1983, 90; Wiesner, SGB VIII, § 33

1. Das Jugendamt darf die zur Aufnahme in die Pflegefamilie berechtigende Pflegeerlaubnis nach § 44 I SGB VIII/KJHG gem. § 44 III SGB VIII/KJHG zurücknehmen oder widerrufen. Im Fall einer Gefährdung des Kindeswohls ist das Jugendamt gem. § 44 III S. 2 SGB VIII/KJHG dazu verpflichtet.<sup>422</sup>

Der Unterschied zwischen einer Rücknahme und einem Widerruf ist allgemein folgender: Während eine *Rücknahme* (§§ 44, 45 SGB X) einen *rechtswidrigen* Verwaltungsakt voraussetzt, erfolgt ein *Widerruf* nach dem Wortlaut des §§ 46 - 48 SGB X nur bei einem *rechtmäßigen* Verwaltungsakt. Dies bedeutet im Bereich der Pflegekindschaft, daß in denjenigen Fällen, in denen in der betreffenden Pflegestelle dem Kindeswohl bereits im Zeitpunkt der Erteilung der Pflegeerlaubnis eine Gefahr drohte, diese Gefahr dem Jugendamt aber unbekannt geblieben war, eine Rücknahme in Betracht kommt; dagegen erfolgt ein Widerruf, wenn sich *nach* Erteilung der Pflegeerlaubnis die Verhältnisse nachteilig für das Wohl des Kindes entwickelt haben oder die Voraussetzung für den Widerruf aufgrund einer dem Kindeswohl dienenden Nebenbestimmung (§ 32 SGB X) eingetreten ist.

2. Der bloße Verlust der Pflegeerlaubnis allein hat noch nicht notwendig zur Folge, daß sich die Pflegeeltern deswegen von dem Pflegekind trennen. Es bedarf daher in denjenigen Fällen, in denen die Pflegeeltern die Rückgabe des Pflegekindes verweigern, behördlicher oder gerichtlicher Maßnahmen mit Vollstreckungscharakter. Die Verweigerung der Rückgabe des Pflegekindes trotz Wegfalls der Pflegeerlaubnis berechtigt das Jugendamt regelmäßig gem. § 43 SGB VIII/KJHG zur *Herausnahme* des Minderjährigen aus der Pflegestelle und zur vorläufigen Unterbringung bei einer geeigneten Person, in einer Einrichtung oder in einer sonstigen betreuten Wohnform. Zusätzlich setzt § 43 I SGB VIII/KJHG eine Gefahr in Verzug voraus, was beinhaltet, daß eine solch akute erzieherische Gefährdung besteht, daß lediglich ein sofortiger pädagogischer Eingriff einen (weiteren) Schaden für den Minderjährigen verhindern kann.<sup>423</sup> Um die Durchführung der Herausnahme zu ermöglichen, schränkt Art. 20 KJHG unter anderem das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 I GG) ein. Daher darf das Jugendamt auch gegen den Willen der Pflegepersonen vorgehen und in deren Wohnung eindringen, erforderlichenfalls im Weg der Amtshilfe gem. §§ 4 ff VwVfG unter Hinzuziehung anderer Behörden, wie zum Beispiel der Polizei. § 43 SGB VIII/KJHG setzt jedoch nach seinem Wortlaut keinen Wegfall der Pflegeerlaubnis voraus. Daher darf das Jugendamt, soweit die Voraussetzungen des § 43 SGB VIII/KJHG erfüllt sind, einen Minderjährigen auch dann aus einer Pflegestelle herausnehmen, wenn die Pflegepersonen entweder gem. § 44 I S. 2 oder 3 SGB VIII/KJHG keiner Pflegeerlaubnis bedürfen oder die erforderliche Pflegeerlaubnis in rechtswidriger Weise nicht besitzen.

---

<sup>422</sup> Oberloskamp, S. 64

<sup>423</sup> Oberloskamp, S. 65/66

3. Sollte eine Ingewahrsamnahme durch das primär zuständige Jugendamt nicht oder nicht rechtzeitig möglich sein, etwa am Wochenende oder an Feiertagen, ist die Polizei gem. *Art. 2 I und 3 BayPAG* in subsidiärer Weise zur Inobhutnahme befugt.<sup>424</sup> Denn es liegt in den Fällen des § 43 SGB VIII/KJHG stets eine *Gefahr* für die öffentliche Sicherheit im Sinn von Art. 2 I PAG vor.

Unter den Begriff der *öffentlichen Sicherheit* fallen die Unversehrtheit von Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre und Vermögen des einzelnen, sowie der Bestand und das Funktionieren des Staates und seiner Einrichtungen mit der Folge, daß sowohl Individual- als auch Gemeinschaftsgüter geschützt werden.<sup>425</sup> Als gefährdetes Gemeinschaftsgut von Verfassungsrang kommt der *Jugendschutz* in Betracht, der seinen Ausdruck in der Wertentscheidung des Art. 6 I und III S. 2 GG findet.<sup>426</sup> Der Schutz der Jugend vor Verwahrlosung gehört zur öffentlichen Sicherheit im Sinn des Polizeirechts.<sup>427</sup> Daß auch der Gesetzgeber des BayPAG das Gemeinschaftsgut des Jugendschutzes als Bestandteil der öffentlichen Sicherheit ansieht, kommt in *Art. 17 II BayPAG* zum Ausdruck, wonach die Polizei Minderjährige, die sich der Obhut des Sorgeberechtigten entzogen haben oder sich an Orten aufhalten, an denen ihnen eine sittliche Gefahr oder Verwahrlosung droht, in Gewahrsam nehmen kann, um sie den Sorgeberechtigten oder dem Jugendamt zuzuführen.

Die *Verwahrlosung* ist ein Entwicklungsprozeß, der dem in § 1 SGB VIII/KJHG normierten Ziel, den Minderjährigen zu leiblicher, seelischer und gesellschaftlicher Tüchtigkeit zu erziehen, zuwiderläuft. Es muß sich um einen Zustand von einiger Dauer handeln, in dem es den Betroffenen in beträchtlichem Maß an denjenigen körperlichen, geistigen oder seelischen Eigenschaften fehlt, die bei einem Minderjährigen dieses Alters unter vergleichbaren Verhältnissen als Ergebnis einer ordnungsgemäßen Erziehung vorausgesetzt werden müssen. Da die Verwahrlosung noch nicht eingetreten zu sein braucht, *genügt eine Gefahr der Verwahrlosung*.<sup>428</sup>

Aber auch Individualrechtsgüter wie die *Unversehrtheit von Leben und Gesundheit* fallen unter den Begriff öffentliche Sicherheit. Gesundheit bedeutet das körperliche, geistige und seelische Wohlbefinden eines Menschen.<sup>429</sup>

Anstelle des Jugendamts kann daher auch die Polizei unter den Voraussetzungen des § 43 SGB VIII/KJHG in *eilbedürftigen* Fällen zur Herausnahme gefährdeter Minderjähriger aus

---

<sup>424</sup> Berner/Köhler, Art. 3, 1

<sup>425</sup> Steiner/Schenke, II C 20, S. 178

<sup>426</sup> Maunz-Dürig-Scholz, Art. 5 III, Rnr 70

<sup>427</sup> Maunz-Dürig-Dürig, Art. 2 I, 81, Fn 2

<sup>428</sup> Samper/Honnacker, Art. 17, 8, S. 178; Knemeyer, Nr. 43, S. 41, 42

<sup>429</sup> Pieroth/Schlink, Rnr 450, S. 101

Pflegestellen verpflichtet sein. Die Pflicht der Jugendämter zur Zusammenarbeit mit Polizeibehörden beruht auf § 81 Nr. 7 SGB VIII/KJHG.

4. Daneben kommt eine verfassungsrechtlich nicht unbestrittene Beendigung des Pflegeverhältnisses durch die Herausnahme des Kindes aufgrund öffentlich-rechtlicher *Rechtsnormen außerhalb des Jugendhilferechts* in Betracht.

Zu denken ist insbesondere an jugendstrafrechtliche Maßnahmen wie die Verhängung von Untersuchungshaft gegen das Pflegekind gem. § 72 JGG, die Verurteilung zu einer Jugendstrafe gem. § 17 JGG und die Einweisung in ein Heim oder in eine sonstige betreute Wohnform gem. § 12 Nr. 2 JGG, soweit diese Maßnahmen die Volljährigkeit des Pflegekindes überdauern, ferner an eine Absonderung eines an einer der in § 37 I BSeuchenG genannten Krankheiten leidenden Pflegekindes, an eine Unterbringung in einer geschlossenen Anstalt wegen psychischer Krankheit, Geistesschwäche oder Sucht gem. Art. 1 I BayUnterbrG und an die Ausweisung eines ausländischen Pflegekindes gem. §§ 45 ff AuslG.

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser mit einer Trennung des Pflegekindes von den Pflegeeltern verbundenen Maßnahme erscheint im Licht des Art. 6 III GG mitunter bedenklich. Denn gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen. Erziehungsberechtigter ist, wer zur Sorge für die Person des Minderjährigen berechtigt und verpflichtet ist, wobei es auf das Recht und die Pflicht zur tatsächlichen Sorge ankommt.<sup>430</sup> Da den Pflegeeltern das Recht und die Pflicht zur Erziehung des Kindes von dem Inhaber des Personensorgerechts zur Ausübung übertragen wurden, gehören auch sie zu den Erziehungsberechtigten und genießen den vollen Schutz des Art. 6 III GG.<sup>431</sup> Folglich halten einige Wissenschaftler<sup>432</sup> eine Trennung der Pflegekinder von der Pflegefamilie aus anderen Gründen als wegen eines Versagens der Pflegeeltern oder einer aus anderen Gründen drohenden Verwahrlosung des Pflegekindes als mit dem Wortlaut des Art. 6 III GG unvereinbar.

Demgegenüber vertritt ein Teil der Literatur die Auffassung, daß Art. 6 III GG die zulässigen Trennungsgründe nicht abschließend aufzähle.<sup>433</sup> Das Wort "nur" in Art. 6 III GG bedeute keineswegs eine erschöpfende Aufzählung der Trennungsgründe und stehe beispielsweise einer Trennung durch gesundheitsrechtliche Isolierungsmaßnahmen oder im

---

<sup>430</sup> Samper/Honnacker, Art. 17, Rnr 8, S. 178

<sup>431</sup> Pieroth/Schlink, Rnr 754, S. 176

<sup>432</sup> Erichsen, S. 56, Bd I; Pieroth/Schlink, Rnr 746, S. 174

<sup>433</sup> v. Münch-v. Münch, Art. 6, Rnr 32; Maunz-Dürig-Maunz, Art. 6, Rnr 37

Fall einer Verurteilung zu Freiheitsstrafen nicht entgegen, auch wenn in keinem dieser Fälle die Erziehungsberechtigten "versagt" hätten oder die Kinder zu "verwahrlosen" drohten. Denn soweit eine staatliche Maßnahme, die ein Kind aus der Familiengemeinschaft herauslöst, nicht bezweckte, zu Lasten der Eltern oder sonstigen Erziehungsberechtigten einen staatlichen Erziehungseinfluß zu begründen, berührte diese staatliche Maßnahme nicht den Schutzbereich des Art. 6 III GG.<sup>434</sup>

Ich gebe derjenigen Ansicht den Vorzug, die eine Beendigung des Pflegeverhältnisses aufgrund von Rechtsnormen außerhalb des Jugendhilferechts für zulässig hält, wenn sich derartige Maßnahmen am Gemeinwohl orientieren und nicht gezielt gegen das Eltern-Kind-Verhältnis richten, sondern gegenüber Volljährigen in ähnlicher Weise ergehen können. Folgte man der gegenteiligen Ansicht, wäre beispielsweise die Seuchenbekämpfung erschwert, weil gesundheitsrechtliche Isolierungsmaßnahmen gegen Minderjährige nur mit dem Einverständnis des oder der Erziehungsberechtigten verhängt werden dürften.

III. Die nächsten beiden Varianten der Beendigung eines zivilrechtlich begründeten Pflegeverhältnisses betreffen Sonderfälle.

1. Ein *Adoptionspflegeverhältnis* endet gem. § 1752 I BGB, wenn die Annahme des Kindes vom Vormundschaftsgericht ausgesprochen wurde oder wenn der Zweck der Adoptionspflege nicht erfüllt werden konnte. Letzteres ist dann der Fall, wenn

- der Antrag der Pflegeperson abgelehnt wurde (§ 1750 IV 1, F. 2 BGB)
- sie ihren Antrag zurückgenommen hat (§ 1750 IV 1, F. 1 BGB)
- die nach § 1750 I 1 BGB erforderliche Einwilligung des Kindes, seiner Eltern, des Ehegatten des Annehmenden oder des Angenommenen zurückgenommen wurde oder
- die Einwilligung der Eltern oder eines Elternteils deshalb ihre Kraft verlor, weil das Kind nicht innerhalb von drei Jahren seit dem Wirksamwerden der Einwilligung angenommen (§ 1750 IV 2 BGB) und die wirkungslos gewordene Einwilligungserklärung nicht erneut abgegeben wurde.

2. Sind die Pflegeeltern zum *Vormund bzw. Pfleger* für den Bereich der Personensorge für das Kind bestellt, gelten hinsichtlich der Beendigung des Pflegeverhältnisses folgende Besonderheiten: Im Fall einer Gefährdung des Kindeswohls kann das Kind gem. §§ 1837 IV, 1666, 1666 a BGB aus der Pflege bei seinem Vormund bzw. gem. §§ 1915 I, 1837 IV, 1666, 1666 a BGB aus der Obhut seines Pflegers unter den gleichen Voraussetzungen herausgenommen werden, unter denen es gem. §§ 1666, 1666a BGB von seinen leiblichen Eltern getrennt werden darf. Ein Widerruf der Pflegeerlaubnis gem. § 44 III 2 SGB

---

<sup>434</sup> Bonner Kommentar-Jestaedt, Art. 6 II und III, 237



VIII/KJHG kommt in derartigen Fällen nicht in Betracht, da gem. § 44 I 2, Nr. 2 SGB VIII/KJHG weder Vormünder noch Pfleger im Rahmen ihres Wirkungskreises einer Pflegeerlaubnis bedürfen. Ebenso wenig ist in solchen Fällen § 43 SGB VIII/KJHG einschlägig, da dieser voraussetzt, daß sich das Kind bei einer *anderen* Person als dem Inhaber des Personensorgerechts aufhält, jedoch sowohl Vormünder als auch Pfleger für den Bereich der Personensorge dieses Recht selbst besitzen.

IV. Wird das Kind aus der Pflegestelle herausgenommen (Teil 3 B I 13), ohne daß Gründe (Teil 3 B I, II u. III) für die gleichzeitige Beendigung des schuldrechtlichen Dienstvertrags (Teil 3 B I) gegeben sind, kann dies wegen der schuldrechtlichen Bindung zu einer Leistungsstörung in der Form des Annahmeverzugs (§ 615 BGB) führen. Der Eintritt eines Annahmeverzugs hängt gem. § 615 S. 1 BGB von folgenden Voraussetzungen ab:

- Die Pflegeperson als Schuldner des Dienstvertrags bietet ihre vertraglich geschuldete Leistung an, es sei denn, es bedarf gem. § 296 BGB keines Leistungsangebots.
- Der Schuldner des Dienstvertrags ist in der Lage, die vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen (vgl. § 297 BGB).
- Der Inhaber der Personensorge als Gläubiger des Dienstvertrags nimmt die angebotene Leistung nicht an.<sup>435</sup>

Im Fall einer Herausnahme des Kindes aus einer Pflegestelle sind regelmäßig alle diese Voraussetzungen erfüllt:

- Indem der Personensorgeberechtigte das Kind räumlich von den Pflegeeltern entfernt, unterläßt er für die Zeit der Abwesenheit des Kindes von der Pflegestelle eine kalendermäßig bestimmte Mitwirkungshandlung i.S.v. § 296 S. 1 BGB dergestalt, daß er das Kind während dieser Zeit den Pflegepersonen zur Betreuung überläßt; dies hat gem. § 296 S. 1 BGB zur Folge, daß die Pflegeeltern die vertraglich geschuldete Leistung nicht anzubieten brauchen.<sup>436</sup>
- Die Pflegepersonen sind in der Regel fähig, die vertraglich geschuldete Leistung in der Form der Betreuung des Kindes zu erbringen.<sup>437</sup>
- Indem der Inhaber der Personensorge das Kind den Pflegeeltern vorenthält, nimmt er deren vertraglich geschuldete Dienste konkludent nicht in Anspruch.<sup>438</sup>

Ein Annahmeverzug (§ 293 BGB) setzt *kein* Verschulden des Personensorgeberechtigten

---

<sup>435</sup> Staudinger-Richardi, § 615, 43

<sup>436</sup> Staudinger-Richardi, § 615, 65

<sup>437</sup> Staudinger-Richardi, § 615, 72

<sup>438</sup> Staudinger-Richardi, § 615, 83 - 84

als Gläubiger der Leistung voraus.<sup>439</sup>

Die Rechtsfolgen des Annahmeverzugs bestehen gem. § 615 S. 1 BGB darin, daß der Inhaber der Personensorge den Pflegepersonen für die aufgrund des Annahmeverzugs unterbliebenen Dienste das vertraglich vereinbarte Entgelt schuldet, ohne eine Nachleistung verlangen zu können.<sup>440</sup> Jedoch darf der Personensorgeberechtigte gem. § 615 S. 2, F. 1 BGB ersparte Aufwendungen, insbesondere die aufgrund der Abwesenheit des Kindes von der Pflegestelle entstandene Haushaltsersparnis, auf das vertraglich geschuldete Entgelt anrechnen,<sup>441</sup> ebenso gem. § 615 S. 2, F. 2 BGB anderweitigen Verdienst, der durch das Freiwerden der Arbeitskraft erst ermöglicht wurde und auf diesem basiert.<sup>442</sup>

Die Anrechnung fiktiver Einkünfte aufgrund des böswilligen Unterlassens anderweitigen Erwerbs durch die Pflegeeltern gem. § 615 S. 2, F. 3 BGB scheitert regelmäßig daran, daß diesen nicht zugemutet werden kann, grundlegend andersartige Tätigkeiten anzunehmen.<sup>443</sup> Gleiches gilt meines Erachtens hinsichtlich der Begründung eines neuen Pflegeverhältnisses, weil Ungewißheit darüber herrscht, ob und gegebenenfalls wann das bisherige Pflegekind in seine Pflegestelle zurückkehren wird.

---

<sup>439</sup> Staudinger-Richardi, § 615, 85

<sup>440</sup> Staudinger-Richardi, § 615, 119

<sup>441</sup> Staudinger-Richardi, § 615, 138

<sup>442</sup> Staudinger-Richardi, § 615, 140

<sup>443</sup> Staudinger-Richardi, § 615, 155

## **Teil 4: Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts, Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts und weiterer Vorschriften und Gesetz zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger:**

### **historische Hintergründe, Auswirkungen auf das Pflegeverhältnis, neue Rechtslage**

Bei den Bestimmungen, auf die sich die Kindschaftsrechtsreform unmittelbar auswirkt, handelt es sich um die §§ 1632 IV, 1685 i.V.m. 1684 II - IV, 1684 I i.V.m. Abs. II 2, 1688, 1630 III, 1696 und 1631 II BGB, sowie um § 33 II 2 FGG. Sie werden nachfolgend in der Reihenfolge der Aufzählung dargestellt.

#### **A. Verbleibensanordnung gem. § 1632 IV BGB**

1. Zentrale Bedeutung besitzt in einem auf den Herausgabeanspruch gem. 1632 I BGB gerichteten Rechtsstreit § 1632 IV BGB, der vom Gesetzgeber bei der Sorgerechtsreform 1979 als Sonderregelung für die Pflegekindverhältnisse im Unterschied zu denjenigen Fällen konzipiert wurde, in denen sich das Kind bei dem nicht-sorgeberechtigten Elternteil oder bei beliebigen Dritten aufhält.<sup>444</sup> § 1632 IV bezweckt den Schutz der Pflegekinder vor der Wegnahme durch die natürlichen Eltern<sup>445</sup> und schwächt den Herausgabeanspruch nach § 1632 I BGB ab; denn das Personensorgerecht muß zurücktreten, um das psychische Wohl des Kindes nicht durch eine Wegnahme zu gefährden, falls sich das Kind von seinen biologischen Eltern entfremdet und in die Pflegefamilie integriert hat.<sup>446</sup>

§ 1632 IV BGB gilt auch dann, wenn das Kind schon aus seiner früheren Pflegestelle herausgenommen wurde,<sup>447</sup> desgleichen, wenn das Kind nach der Rückkehr zu seinen leiblichen Eltern wieder bei seinen ehemaligen Pflegeeltern Zuflucht sucht.<sup>448</sup> Das Kindeswohl kann nicht nur die Erhaltung des status quo, sondern - darüber hinausgehend - auch die Wiederherstellung des status quo ante gebieten, um nach einer das Kindeswohl gefährdenden Rückführung in die Herkunftsfamilie die zu erwartenden Schäden möglichst gering zu halten. Folglich kann eine Verbleibensanordnung nicht nur dann ergehen, wenn sich das Kind noch in der Obhut der Pflegeeltern befindet, sondern auch noch, nachdem es zu den leiblichen Eltern zurückgekehrt ist.<sup>449</sup>

<sup>444</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 125

<sup>445</sup> Palandt-Diederichsen, § 1632, 23

<sup>446</sup> BVerfG, FamRZ 1987, 786, 789; BT-Drucks. 8/2788, S. 40 u. 52; Palandt-Diederichsen, § 1632, 19

<sup>447</sup> Palandt-Diederichsen, § 1632, 21; OLG Frankfurt a. M., FamRZ 1983, 1164

<sup>448</sup> BayObLG, FamRZ 1982, 1239; BayObLG, NJW 1994, 668 = FamRZ 1993, 1356, 1357; Staudinger-Salgo, § 1632, 82

<sup>449</sup> BayObLG, NJW 1994, 668; FamRZ 1993, 1356, 1357; Staudinger-Salgo, § 1632, 82

Der *Schutzbereich* des § 1632 IV BGB ist sehr weit und soll verhindern, daß Kinder dazu benutzt werden, Fehler und Versäumnisse staatlicher Stellen oder Ungerechtigkeiten gegenüber den leiblichen Eltern zu heilen oder gar eine Schadensersatzfunktion zu haben,<sup>450</sup> kurzum, Kinder sollen niemals als Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zwecks oder lediglich als Objekte angesehen werden. Der Schutzbereich der Vorschrift erfaßt beispielsweise alle Minderjährigen, unabhängig von Alter, Geschlecht und Staatsangehörigkeit.<sup>451</sup> Die Vorschrift gilt auch für alle Arten von Pflegeverhältnissen; daher setzt sie weder einen wirksamen Pflegevertrag noch eine Pflegeerlaubnis voraus<sup>452</sup> mit der Folge, daß die Vorschrift auch bei einem Widerruf der Pflegeerlaubnis anwendbar ist.<sup>453</sup> Die Bestimmung ist anwendbar, wenn tatsächlich ein Pflegeverhältnis begründet wurde und noch fortbesteht; denn auch ein widerrechtlich entstandenes Pflegeverhältnis bedarf im Interesse des Kindeswohls des Schutzes der Rechtsordnung.<sup>454</sup>

Abweichend von seinem Wortlaut gilt § 1632 IV BGB entsprechend, wenn ein Vormund oder Pfleger in Ausübung seines Aufenthaltsbestimmungsrechts die Herausgabe des Kindes aus dem Pflegeverhältnis verlangt, weil sich die Rechte und Pflichten eines Vormunds gem. § 1800 BGB und diejenigen eines Pflegers gem. §§ 1915 I, 1800 BGB nach den §§ 1631 - 1633 BGB, also auch nach § 1632 BGB richten. Die Voraussetzungen für eine Verbleibensanordnung i.S.v. § 1632 IV BGB sind im Fall des Herausgabeverlangens seitens eines Vormunds oder Pflegers weniger streng als im Fall des Herausgabeverlangens seitens der leiblichen Eltern, weil ein Vormund oder Pfleger einzig und allein als objektiver Sachwalter kindlicher Interessen zu fungieren hat.<sup>455</sup>

Weder ein Vormund noch ein Pfleger genießen den Schutz des Elterngrundrechts aus Art. 6 II 1 GG.<sup>456</sup> Daher kollidiert im Fall des Herausgabebegehrens seitens eines Vormunds oder Pflegers das Kindeswohl mit niemandes Elternrecht, so daß es keinerlei Abwägung zwischen Elternrecht und Kindeswohl bedarf. Ausnahmen bestehen nur in denjenigen Fällen, in denen Großeltern zum Vormund ihres Enkelkinds bestellt wurden.<sup>457</sup>

2. Voraussetzung für die Verbleibensanordnung ist, daß das Kind in *Familienpflege* lebt. Hierfür ist wiederum entscheidend, daß das Kind mit der ausdrücklichen oder still-

---

<sup>450</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 64

<sup>451</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 63

<sup>452</sup> Palandt-Diederichsen, § 1632, 21; OLG Frankfurt a. M., FamRZ 1983, 1163, 1164

<sup>453</sup> BayObLG, NJW 1984, 2168

<sup>454</sup> Schwab, A 66; BVerfGE 68, 176, 179 ff; OLG Frankfurt a. M., FamRZ 1983, 1163; Staudinger-Salgo, § 1632, 64

<sup>455</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 77

<sup>456</sup> BK-Jestaedt, Art. 6 II u. III, 87 u. 88

<sup>457</sup> BVerfGE 34, 165, 200

schweigenden Erwartung zur Betreuung und Pflege untergebracht wurde, daß es in einer für Familien typischen Weise erzogen und versorgt werden und die Pflegestelle seinen Lebensmittelpunkt bilden soll.<sup>458</sup> Falls die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind, kommt demnach § 1632 IV BGB auch dann in Betracht, wenn das Kind bei Verwandten, vor allem Großeltern,<sup>459</sup> oder während der Probezeit (§ 1744 BGB) bei potentiellen Adoptiveltern wohnt. Schließlich ist eine Verbleibensanordnung auch zugunsten von Stiefelternteilen<sup>460</sup> möglich, und zwar selbst im Verhältnis zum biologischen Elternteil, falls der Stiefelternteil, bei dem das Kind lebt, für das Kind zur Bezugsperson geworden ist.<sup>461</sup> Bei Pflegepersonen kann es sich auch um Partner einer sogenannten nichtehelichen Lebensgemeinschaft handeln.<sup>462</sup>

An einem familienähnlichen Verhältnis und elternähnlicher Sorge fehlt es regelmäßig im Fall einer bloßen *Tagespflege* i. S. v. § 23 SGB VIII/KJHG. Demgegenüber wird die Auffassung vertreten, daß auch die Tagespflege in den Anwendungsbereich des § 1632 IV BGB fällt, weil das Wohl eines von den Pflegeeltern lediglich tagsüber betreuten Kindes durch die Wegnahme von den Pflegepersonen gefährdet werden kann.<sup>463</sup> Diese Meinung berücksichtigt nicht, daß § 1632 I und IV BGB den Zweck verfolgen, die kollidierenden Grundrechte der natürlichen Eltern und der Pflegeeltern verfahrensrechtlich in gleichem Maß abzusichern.<sup>464</sup> Im Fall einer bloßen Tagespflege kollidieren jedoch keine Grundrechte der Pflegeeltern mit den Grundrechten der biologischen Eltern; denn Pflegepersonen genießen lediglich dann den Schutz des Art. 6 I GG, wenn das Pflegekind ausschließlich bei ihnen lebt und die leiblichen Eltern dauerhaft, das heißt nicht lediglich in Notfällen wie Krankheit, an der Sorge für das Kind verhindert oder desinteressiert sind, da nur in einem solchen Fall die Pflegefamilie durch das Zusammenleben ihrer Mitglieder umgrenzbar ist.<sup>465</sup> Mangels Erfüllung dieser Voraussetzung bleibt Tagespflegeeltern der Schutz des Art. 6 I GG mit der Folge versagt, daß eine Trennung des Kindes von den Tagespflegeeltern in keine spezifischen Grundrechte von diesen eingreift. Überträgt man den Gedanken auf § 1632 IV BGB, dann umschließt auch dessen Normzweck nicht die Tagespflege.

---

<sup>458</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 65

<sup>459</sup> Palandt-Diederichsen, § 1632, 21; BayObLG, FamRZ 1991, 1080

<sup>460</sup> LG Ravensburg, StAZ 1975, 317

<sup>461</sup> BayObLG, NJW 1965, 1716; BGHZ 40, 11

<sup>462</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 65

<sup>463</sup> Schlüter/Liedmeier, FuR 1990, 122, 123

<sup>464</sup> Pieroth/Schlink, S. 176

<sup>465</sup> Schmid V., S. 235

Eine weitere Variante aus der Vielfalt der Meinungen hält § 1632 IV BGB bei *Heimerziehung* für anwendbar, da es nicht auf die formale Struktur des Pflegeverhältnisses ankomme, sondern inhaltlich darauf, ob zwischen dem Kind oder dem Jugendlichen und den Personen, von denen die biologischen Eltern dessen Herausgabe begehren, emotionale Beziehungen im Sinn einer faktischen, sozialen Elternschaft existieren und ob sich nunmehr der entscheidende soziale Bezugskreis des Minderjährigen im derzeitigen Sozialisationsfeld befindet.<sup>466</sup> Insoweit enthalte § 1632 IV BGB einen allgemeinen Grundsatz.<sup>467</sup> Dieser Meinung kann ich mich nicht anschließen, weil § 1632 IV BGB selbst von "Familienpflege" spricht und diese sich durch ihre fehlende Professionalität klar von der Heimerziehung abgrenzen läßt.<sup>468</sup> Hinzu kommt, daß die Heimerzieher regelmäßig außerhalb des Kinderheims wohnen und ihren Schützlingen nur für begrenzte Zeit zur Verfügung stehen, indem sie sich mit den die gleiche Gruppe betreuenden Kolleginnen und Kollegen im Schichtdienst abwechseln. Dies ist für eine Familie untypisch. Auch für eine analoge Anwendung des § 1632 IV BGB fehlen die Voraussetzungen mangels einer Regelungslücke. Denn ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien bezweckt § 1632 IV BGB eine Verbesserung des Schutzes ausschließlich für diejenigen Kinder, die sich in Familienpflege befinden.<sup>469</sup> Somit stellt die Unterbringung in einem Kinderheim keine "Familienpflege" dar.<sup>470</sup>

3. Größere Schwierigkeiten bei der Anwendung des § 1632 IV BGB bereitet das Tatbestandsmerkmal "*seit längerer Zeit*". Denn die Gesetzesmaterialien zum Sorgerechtsreformgesetz und zum Kindschaftsrechtsrahmengesetz enthalten keinen Hinweis, was genau unter "längerer Zeit" zu verstehen ist, da es der Rechtsprechung überlassen bleiben sollte, diesen unbestimmten Rechtsbegriff zu konkretisieren.<sup>471</sup>

Dies geschah nicht auf direktem Weg, indem die Gerichte einfach eine Zeitspanne festlegten, sondern mittels eines Kunstgriffs und damit über einen Umweg. Als Maßstab diente den Gerichten das Kindeswohl, indem sie sagten: Falls das Kind seinen biologischen Eltern entfremdet ist und bei den Pflegeeltern seine Bezugswelt gefunden hat, würde durch die Herausnahme zur Unzeit sein persönliches, vor allem sein psychisches Wohl gefährdet;<sup>472</sup> davor soll das Kind notfalls durch eine gerichtliche Entscheidung über den Verbleib des Kindes bei den Pflegeeltern bewahrt werden. Den entscheidenden Ausschlag für die Verbleibensanordnung gibt das Vorhandensein von Bindungen zu den

---

<sup>466</sup> AK - BGB - Münder, § 1632, 4

<sup>467</sup> Münder, ZBJugR 1981, 231

<sup>468</sup> BT-Drucks. 8/3685, S. 159; 5. Jugendbericht

<sup>469</sup> BT-Drucks. 8/2788, S. 40

<sup>470</sup> Palandt-Diederichsen; § 1632, 21; LG Frankfurt a. M., FamRZ 1984, 729

<sup>471</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 66

<sup>472</sup> BT-Drucks. 8/2778, S. 40

Pflegeeltern, weniger das Fehlen von Bindungen zu den biologischen Eltern.<sup>473</sup> Zusätzlich zu den Bindungen zu den Pflegeeltern spielen nach h. M. sowohl die Bindungen zu den übrigen Mitgliedern der Pflegefamilie, als auch zum gesamten dortigen Umfeld eine Rolle.<sup>474</sup> Berücksichtigt wird auch das Verhältnis zu den "Pflegegegeschwistern", "Pfleget Großeltern", Spielkameraden und die schulische Integration.<sup>475</sup>

Die Tatbestandsvoraussetzungen des Begriffs "*seit längerer Zeit*" orientieren sich zwar an denen des § 1630 III BGB ("*für längere Zeit*"), sie sind jedoch im Hinblick auf die *andersartige Zielsetzung* nicht so streng auszulegen wie dort.<sup>476</sup> Anders als im Rahmen des § 1630 III BGB kommt es *nicht* auf die *beabsichtigte*, sondern auf die bereits *zurückgelegte* Pflegedauer an.

Ab welcher zeitlichen Dauer ein länger dauerndes Pflegeverhältnis i.S.v. § 1632 IV BGB vorliegt, richtet sich - wie dargelegt - nach dem Normzweck. Deshalb kann der *Zeitbegriff* *nicht absolut* im Sinn einer bestimmten Zeitspanne verstanden werden. *Maßgebend* sind statt dessen der *kindliche Zeitbegriff* und die kindlichen Zeitvorstellungen, die wiederum in Relation zum Lebensalter des Kindes stehen. Eine Zeitspanne wird dem Kind um so länger erscheinen, je jünger es ist. Entsprechend länger ist bei einem jüngeren Kind auch die Zeit der Fremdunterbringung in Relation zu seiner bisherigen Lebensdauer. Für ein einjähriges Kind bedeutet daher ein sechsmonatiger Aufenthalt in einer Pflegefamilie schon einen recht langen Zeitraum.

Aufgrund intensiver Beobachtungen haben sich im Laufe der Zeit gewisse *Erfahrungswerte* herausgebildet. Sie besagen, daß bei Kindern, die zur Zeit ihrer Fremdplazierung höchstens drei Jahre alt waren, nach längstens einem Jahr die Bindung an die natürlichen Eltern nicht mehr als die wichtigere gegenüber derjenigen an die Pflegeperson angesehen werden darf, bei Kindern über drei Jahren nach zwei Jahren und bei Kindern zwischen sechs und zwölf Jahren nach drei Jahren.<sup>477</sup>

Seit dem Inkrafttreten des Sorgerechtsreformgesetzes setzte sich in der *Rechtsprechung* immer mehr der "kindliche Zeitbegriff" durch, wonach die Verwurzelung eines Kindes in der Pflegefamilie im Zeitablauf um so wahrscheinlicher ist, je jünger das Kind bei der Inpfleggabe war. Dies hat zur Folge, daß dem Kindesalter eine entscheidende Bedeutung zukommt.<sup>478</sup> Weil eine Entfremdung des Kindes von seiner Herkunftsfamilie mit

---

<sup>473</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 68

<sup>474</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 69; Siedhoff, NJW 1994, 616, 617

<sup>475</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1632, 19

<sup>476</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1632, 17

<sup>477</sup> Siedhoff, NJW 1994, 616-618, Fn. 23; OLG Frankfurt .a M., FamRZ 1983, 297, 298

<sup>478</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 70

zunehmender Dauer der Fremdunterbringung immer wahrscheinlicher wird, wird in der Rechtsprechung bei Pflegeverhältnissen von mindestens zweijähriger Dauer die Herausnahme eines noch jüngeren Kindes aus der Pflegefamilie überwiegend abgelehnt.<sup>479</sup> Dennoch dürfen um der in familienrechtlichen Angelegenheiten notwendigen Einzelfallgerechtigkeit willen keine starren zeitlichen Regeln gelten; jeder Automatismus sollte vermieden werden. Denn beispielsweise kann trotz achtjährigen Aufenthalts bei den Pflegeeltern wegen intensiver Kontakte zu den leiblichen Eltern noch eine feste Bindung zu den Eltern bestehen.<sup>480</sup> Manchmal kann für eine Verbleibensanordnung auch eine kürzere Dauer des Pflegeverhältnisses als zwei Jahre genügen. Deshalb hat sich inzwischen generell die Überzeugung durchgesetzt, daß allein aufgrund allgemeiner psychologischer Kenntnisse oder generalisierender Richt- oder Erfahrungswerte eine Abwägung zwischen dem verfassungsrechtlich geschützten Elternrecht und dem Kindeswohl nicht möglich ist.<sup>481</sup> Statt dessen bedarf es regelmäßig der *Einholung eines fachpsychologischen Gutachtens*<sup>482</sup> und der *Anhörung* im Rahmen der §§ 50 a bis c FGG. Gem. § 12 FGG ist der Richter von Amts wegen zur Ermittlung des Sachverhalts verpflichtet.

4. Eine Verbleibensanordnung kann eine Pflegeperson bereits dann beantragen, wenn die Eltern das Kind von ihr *wegnehmen wollen*, ohne daß sie ein Verfahren im Sinn von § 1632 I u. III BGB eingeleitet haben. Die Kundgabe einer entsprechenden Absicht reicht aus.<sup>483</sup>

Pflegeperson und Kind wollen möglichst frühzeitig wissen, worauf sie sich einzustellen haben, weil schon ein drohendes Herausgabeverfahren gravierende Folgen für das Kind haben kann.<sup>484</sup> Dies zeigen zahlreiche Fälle aus der Praxis der Jugendhilfe, in denen selbst die bloße *Androhung der richterlichen Anordnung* der Rückkehr des Kindes zu seinen natürlichen Eltern für das Kind schlimmes Leid verursacht hat.<sup>485</sup> Dem Pflegekinderwesen wurde durch diese gerichtliche Praxis und dem Wissen bei Jugendämtern und Pflegeeltern um die jederzeit bestehende Möglichkeit einer derartigen Entscheidung beträchtlicher Schaden zugefügt. Diese Praxis bewirkte, daß viele Pflegekinder stets in existentieller Angst und Unsicherheit darüber lebten, nicht bei ihren "faktischen Eltern" bleiben zu dürfen.

Ein Kind in der Beziehung zu seinen Betreuungspersonen zu verunsichern, indem man ihm

---

<sup>479</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 71

<sup>480</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 69

<sup>481</sup> Siedhoff, NJW 1994, 616, 618

<sup>482</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 101

<sup>483</sup> Palandt-Diederichsen, § 1632, 27

<sup>484</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 125, 126

<sup>485</sup> Baer, FamRZ 1982, 226



verdeutlicht, daß es früher oder später zwangsweise von diesen getrennt werde, ist annähernd die größte Gefahr für die psychische Stabilität des Kindes. Beispielsweise geriet ein zwölfjähriges Mädchen, das sich während eines fünfeinhalbjährigen Aufenthalts in einer Pflegefamilie in seelischer und schulischer Hinsicht stabilisiert hatte, auf das Verlangen seitens der leiblichen Eltern, in deren Haushalt überzusiedeln, beinahe in Panik, näßte erneut ein, ließ in den schulischen Leistungen beträchtlich nach und bestand darauf, daß nachts sämtliche Türen gut verschlossen waren. Für die Pflegeeltern und das Kind entstand eine nahezu unerträgliche Situation. Daraufhin stellte ein Gutachter fest, daß das mühsam erworbene Vertrauensverhältnis zu den Pflegeeltern jetzt die Lebensgrundlage für das Kind darstellt und das Kind bei einem Verlust dieser Vertrauensgrundlage mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit einen Entwicklungsrückstand erleiden und sich aus seiner gesamten Umwelt zurückziehen werde. Deshalb forderte der Gutachter das Gericht dringend auf, deutlich und endgültig klarzustellen, daß das Kind bei den Pflegeeltern zu belassen ist.<sup>486</sup>

Ein *Rechtsschutzinteresse* für eine Verbleibensanordnung nach § 1632 IV BGB fehlt aber in denjenigen Fällen, in denen der Herausnahmewille weder ernsthaft geäußert, noch in sonstiger Weise erkennbar wurde.<sup>487</sup> Denn in derartigen Fällen muß nach den Regeln der Lebenserfahrung nicht mit Störungen der oben beschriebenen Art beim Pflegekind gerechnet werden. Dagegen besteht ein Rechtsschutzinteresse für ein Verfahren gem. § 1632 IV BGB bereits dann, wenn mit einem Herausgabekonflikt ernstlich zu rechnen ist.<sup>488</sup>

5.1 Die Anordnung gem. 1632 IV BGB setzt voraus, daß die Pflegeperson nicht ohnehin wegen eines fehlenden Herausgabeanspruchs nach § 1632 I BGB seitens des die Herausgabe Begehrenden berechtigt ist, die Herausgabe zu verweigern. Fehlt dem die Herausgabe Begehrenden ein Anspruch gem. § 1632 I BGB, besteht kein Bedürfnis für eine Anordnung gem. § 1632 IV BGB, weil die Pflegeeltern in derartigen Fällen ihr Ziel, eine Herausnahme des Kindes aus der Pflegestelle zu verhindern, auch ohne jegliche gerichtliche Anordnung erreichen können.<sup>489</sup> Daher hat der Richter vor dem Erlass einer Anordnung i.S.v. § 1632 IV BGB gem. § 12 FGG von Amts wegen zu prüfen, ob dem die Herausgabe Beantragenden gegen die Pflegeeltern ein *Herausgabeanspruch gem. § 1632 I BGB zusteht* oder ob sich die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs als rechtsmißbräuchliche Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts oder als Schikane (§ 226 BGB) erweist.<sup>490</sup>

---

<sup>486</sup>Baer, FamRZ 1982, 226

<sup>487</sup>Staudinger-Salgo, § 1632, 76

<sup>488</sup>Schwab, A 123; Staudinger-Salgo, § 1632, 80

<sup>489</sup>Staudinger-Salgo, § 1632, 73

<sup>490</sup>Staudinger-Salgo, § 1632, 18; BT-Drucksache 8/2788, S. 51 ff.

5.2 Das Recht, gem. § 1632 I BGB die Herausgabe des Kindes zu verlangen, beruht auf der Personensorge, genauer auf der *absoluten* Außenwirkung *elterlicher* Sorge und vor allem auf dem *Aufenthaltsbestimmungsrecht* gem. § 1631 I BGB n.F.<sup>491</sup> als Teil der tatsächlichen Personensorge,<sup>492</sup> *nicht* aber auf dem *Vertretungsrecht*. Das Elternrecht wirkt nicht nur gegenüber dem Kind, sondern auch gegenüber Dritten.<sup>493</sup> Der Herausgabeanspruch ist demnach *dinglich-rechtlich* ausgestaltet.<sup>494</sup> Da die elterliche Sorge zwar ein von Verfassung wegen gewährleistetes, jedoch ein allein im Interesse des Kindes oder Jugendlichen zustehendes pflichtgebundenes Schutzrecht ist, dürfen die Sorgeberechtigten den Herausgabeanspruch ausschließlich *nur zum Wohl des Kindes bzw. des Jugendlichen* ausüben,<sup>495</sup> widrigenfalls sie ihr Sorgerecht i.S.v. § 1666 BGB mißbrauchen.<sup>496</sup>

Ein Anspruch aus einem familienrechtlichen Verhältnis unterliegt der Verjährung nicht, soweit er auf die Herstellung des dem Verhältnis entsprechenden Zustandes für die Zukunft gerichtet ist (§ 194 II BGB). Als im familienrechtlichen Verhältnis wurzelnder, in die Zukunft gerichteter Anspruch gegen Dritte erfüllt der Anspruch auf Herausgabe des Kindes gem. § 1632 I BGB die Voraussetzungen des § 194 II BGB; er *verjährt* folglich *nicht*.

Der Herausgabeanspruch gem. § 1632 I BGB kann meines Erachtens gem. § 242 BGB auch *nicht verwirkt* werden. Denn der Einwand der Verwirkung kann nicht durchgreifen, wenn - wie vorliegend - an der Ausübung des Rechts ein Allgemeininteresse besteht, das die Individualinteressen des Anspruchsgegners überwiegt.<sup>497</sup> Bei der Ausübung ihres Rechts aus Art. 6 II 1 GG handeln Eltern nicht nur im eigenen Interesse, sondern überwiegend zugunsten und im Interesse des Kindes;<sup>498</sup> man kann vorliegend von einer treuhänderischen Rechtsposition der Eltern sprechen. Das Elternrecht ist wie kein anderes Grundrecht pflichtgebunden.<sup>499</sup> Die Pflichtbindung stellt nicht lediglich eine Schranke, sondern einen Wesensbestandteil des Elternrechts dar, und bedeutet, daß die elterliche Sorge nicht als Machtanspruch der Eltern gegenüber ihren Kindern verstanden werden darf.<sup>500</sup> - Die elterliche Pflichtbindung besteht jedoch nicht nur gegenüber den Kindern, sondern kann auch als Verantwortung der Eltern vor dem Staat betrachtet werden, sich in

---

<sup>491</sup>MüKo-BGB-Hinz, § 1632, 29

<sup>492</sup>Staudinger-Salgo, § 1632, 6

<sup>493</sup>Soergel-Strätz, § 1626, 4

<sup>494</sup>Staudinger-Salgo, § 1632, 4

<sup>495</sup>BVerfG, FamRZ 1968, 578; BGH, FamRZ 1974, 595; BayObLG, FamRZ 1978, 135

<sup>496</sup>BayObLG, FamRZ 1974, 137 = Erman-Michalski, § 1632, 7

<sup>497</sup>BGHZ 126, 287, 294, 295; Palandt-Heinrichs § 242, 96

<sup>498</sup>Maunz-Dürig-Maunz, Art. 6, 25 ff.

<sup>499</sup>Maunz-Dürig-Maunz, Art. 6, 25 j

<sup>500</sup>BVerfG, FamRZ 1993, 1420, 1421 = FuR 1993, 345, 347; Staudinger-Salgo, § 1632, 44

einer Weise zu verhalten, wie dies dem Art. 6 II GG vorschwebt.<sup>501</sup> Dies gilt um so mehr deshalb, weil der Staat in Wahrung des Verfassungsauftrags des Wächteramts im Fall einer Gefährdung des Kindeswohls zum Einschreiten verpflichtet ist.<sup>502</sup> Indem Eltern im Fall einer Kindeswohlgefährdung von ihrem Herausgabeanspruch Gebrauch machen, kommen sie letztlich einer staatlichen Intervention lediglich zuvor. Was den für die Jugendhilfe zuständigen staatlichen Behörden und Gerichten erlaubt ist und wozu sie von Verfassung wegen verpflichtet sind, muß erst recht den gem. Art. 6 II 1 GG "zuvörderst" zur Wahrung des Kindeswohls verpflichteten Eltern erlaubt sein. Bei der Ausübung des Herausgabeanspruchs aus § 1632 I BGB handeln die Eltern daher nicht nur im Individualinteresse, sondern auch im Interesse des Staates, der gem. Art. 6 II 2 GG ein "Wächteramt" ausübt. In ähnlicher Weise wie in dem von dem BGH<sup>503</sup> entschiedenen Fall wegen der durch völkerrechtliche Verträge von der Bundesrepublik Deutschland übernommenen, also nur einfachgesetzlichen, Verpflichtung zum Schutz des Wahrzeichens des Roten Kreuzes ein Allgemeininteresse festgestellt wurde, läßt sich das Allgemeininteresse an der Ausübung der verfassungsrechtlich verankerten Elternpflicht zum Schutz des Kindeswohls erst recht bejahen.

Wegen der Natur des Herausgabeanspruchs als eines familienrechtlichen, unmittelbar aus der elterlichen Sorge fließenden Rechts ist es ausgeschlossen, daß die Pflegeeltern die Herausgabe verweigern, bis eine ihnen gegen den Inhaber des Sorgerechts zustehende Gegenforderung, z.B. eine Unterhaltsforderung, bewirkt ist.<sup>504</sup> Einem Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) steht die Erwägung entgegen, daß die leiblichen Eltern mit dem Herausgabebegehren auch das Interesse des Kindes wahrnehmen. Der absolute Charakter der Pflicht des Anspruchsinhabers gegenüber dem Kind steht jeglichem Zurückbehaltungsrecht in Bezug auf den Herausgabeanspruch gem. § 1632 I BGB entgegen.<sup>505</sup> Ein *Zurückbehaltungsrecht* ist daher kraft der Natur des Gläubigeranspruchs *ausgeschlossen*.<sup>506</sup> Offenbar sah bereits der historische Gesetzgeber des BGB das Elternrecht als pflichtgebundenes Recht an, indem er deutlich machte, daß keine Privatperson die Eltern durch die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts an der Erfüllung ihrer Pflichten dem Kind gegenüber hindern darf. Der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts beruht auf dem gleichen Rechtsgedanken wie der Ausschluß der Einwendung der Verwirkung gem. § 242 BGB<sup>507</sup>: Keine Privatperson darf unter Berufung auf ihre individuellen Interessen und Rechte die leiblichen Eltern an der ordnungsgemäßen Erfüllung der Pflichten ihrem Kind

---

<sup>501</sup>Maunz-Dürig-Maunz, Art. 6, 25 j

<sup>502</sup>Staudinger-Salgo, § 1632, 6

<sup>503</sup>BGHZ 126, 287, 294

<sup>504</sup>Soergel-Strätz, § 1632, 8

<sup>505</sup>Mugdan, S. 752

<sup>506</sup>Palandt-Heinrichs, § 273, 16-17

<sup>507</sup>Medicus, SchR I, S. 73

gegenüber hindern, an der ein öffentliches Interesse besteht.

Schließlich *scheitert* ein Erlöschen des Herausgabeanspruchs durch *Aufrechnung* gem. § 389 BGB<sup>508</sup> an der Ungleichartigkeit der einander gegenüberstehenden Forderungen,<sup>509</sup> denn zwischen familienrechtlichen Ansprüchen auf der einen Seite und Geldforderungen oder anderen vermögensrechtlichen Ansprüchen auf der anderen Seite besteht keine Gleichartigkeit der Leistungsgegenstände.

5.3 Der Herausgabeanspruch steht jeweils sowohl den leiblichen *Eltern* als auch jedem allein sorgeberechtigten leiblichen *Elternteil*, sowie ersatzweise anderen zur Bestimmung des Aufenthalts berechtigten Personen, wie gem. §§ 1800, 1632 I BGB dem *Vormund* oder gem. §§ 1915 I, 1800, 1632 I BGB dem *Pfleger* zu.<sup>510</sup> Weil der Herausgabeanspruch auf dem Aufenthaltsbestimmungsrecht und nicht auf der Vertretungsbefugnis beruht, braucht der die Herausgabe verlangende Elternteil nicht notwendig eine Vertretungsbefugnis für das Kind zu besitzen.<sup>511</sup> Daher hat auch ein gem. § 106 BGB beschränkt geschäftsfähiger *minderjähriger Elternteil* wegen § 1673 II 2, HS 1 BGB, wonach ein beschränkt geschäftsfähiger Elternteil ein sachlich beschränktes Sorgerecht in Form der tatsächlichen Personensorge ohne gesetzliche Vertretungsmacht zusteht,<sup>512</sup> einen Herausgabeanspruch. Nach der Abschaffung des § 114 BGB a.F. durch das Betreuungsgesetz beschränkt sich der Anwendungsbereich des § 1673 II 2 BGB auf diejenigen Fälle, in denen ein Elternteil gem. § 106 BGB infolge seiner Minderjährigkeit beschränkt geschäftsfähig ist. Auch einem gem. §§ 1896 ff BGB *unter Betreuung stehenden Elternteil* steht der Herausgabeanspruch uneingeschränkt zu, weil sich die Anordnung der Betreuung als solche nicht auf die elterliche Sorge auswirkt.<sup>513</sup> Zu den Eltern gehören auch die *Adoptiveltern*, da ein Adoptivkind gem. § 1754 I u. II BGB n.F. die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes des Ehegatten bzw. eines Kindes des Annehmenden erlangt. Mit dem Ausspruch der Annahme gem. § 1752 I BGB endet die elterliche Sorge endgültig;<sup>514</sup> genau ab diesem Zeitpunkt steht der Herausgabeanspruch den Adoptiveltern zu.

Nur ausnahmsweise ist der Herausgabeanspruch der leiblichen Eltern gem. §§ 413, 399, F.1 BGB übertragbar. Der *Übertragbarkeit* seitens der *leiblichen Eltern* steht die Pflichtgebundenheit und die höchstpersönliche Natur der elterlichen Sorge in sämtlichen

---

<sup>508</sup> Palandt-Heinrichs, § 389, 1

<sup>509</sup> Palandt-Heinrichs, § 387, 8-10

<sup>510</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 9

<sup>511</sup> Palandt-Diederichsen, § 1632, 3

<sup>512</sup> Palandt-Diederichsen, § 1673, 3

<sup>513</sup> Palandt-Diederichsen, § 1673, 5

<sup>514</sup> Palandt-Diederichsen, § 1755, 3

Bestandteilen entgegen.<sup>515</sup> Ausnahmen sieht das Gesetz lediglich für den Fall des Getrenntlebens (§ 1671 III BGB n.F.) und der Scheidung (§ 1672 I 2 BGB n.F.), sowie im Fall der Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten (§ 1630 III BGB n.F.) bzw. im Rahmen der Adoption (§§ 1741 ff BGB) vor.

Auch Pflegepersonen können Inhaber des Herausgabeanspruchs sein, wenn sie das Aufenthaltsbestimmungsrecht besitzen, da der Herausgabeanspruch aus dem Aufenthaltsbestimmungsrecht (§ 1631 I BGB) fließt.<sup>516</sup> Denn soweit die gerichtliche Übertragung elterlicher Sorge reicht, haben Pflegeeltern gem. § 1630 III 2 BGB a.F. bzw. gem. § 1630 III 3 BGB n.F. die Rechtsstellung von Pflegern. Im Fall einer Übertragung nur des Aufenthaltsbestimmungsrechts haben die Pflegeeltern den alleinigen Herausgabeanspruch unter Ausschluß der leiblichen Eltern, denn diese sind von der elterlichen Sorge ausgeschlossen, soweit deren Übertragung reicht.<sup>517</sup> Gleiches gilt erst recht im Fall einer Übertragung der elterlichen Sorge im ganzen gem. § 1630 III 2 BGB n.F., denn diese beinhaltet stets als Bestandteil die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts und damit des Herausgabeanspruchs. Auch im übrigen besitzen Pflegeeltern das Recht, bei einem widerrechtlichen Vorenthalten des Kindes gegenüber den Pflegeeltern durch Dritte namens der leiblichen Eltern, das heißt, im fremden Namen, die Herausgabe des Kindes an die Pflegeeltern gem. § 1632 I BGB zu verlangen, wenn sie entsprechend dem Willen der natürlichen Eltern die tatsächliche Personensorge als deren Bevollmächtigte ausüben.<sup>518</sup> - Falls den Pflegeeltern zuvor das Aufenthaltsbestimmungsrecht gem. § 1630 III BGB n.F. übertragen worden war, können die leiblichen Eltern nur dann die Kindesherausgabe verlangen, wenn die betreffende Anordnung vorher oder gleichzeitig aufgehoben wird.<sup>519</sup>

§ 1793 BGB gestaltet die Rechte und Pflichten eines Vormunds analog der elterlichen Sorge aus<sup>520</sup> mit der Folge, daß weder die *Vormundschaft* als solche noch die vormundtschaftliche Tätigkeit in allen denjenigen Angelegenheiten, die den persönlichen Einfluß des Vormunds erfordern, übertragbar sind.<sup>521</sup> Dazu gehört auch die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs, denn unter diejenigen vormundtschaftlichen Tätigkeiten, die einen solchen Einfluß nicht erfordern, fallen nur Tätigkeiten rein tatsächlicher (Krankenpflege, Vermögensverwaltung, etc.), nicht rechtsgeschäftlicher Natur. Der Herausgabeanspruch des Vormunds ist daher außer im Fall einer Adoption nicht übertragbar. Mangels abweichender gesetzlicher Vorschriften gilt die *Unübertragbarkeit* des

<sup>515</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1626, 8

<sup>516</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 6

<sup>517</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 56

<sup>518</sup> Giese, RdJB 1976, 65, 68

<sup>519</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1632, 20

<sup>520</sup> Palandt-Diederichsen, § 1793, 1

<sup>521</sup> Palandt-Diederichsen, § 1793, 8

*Herausgabeanspruchs* gem. § 1915 I BGB auch für die *Pflegschaft*.

Da eine Übertragung der elterlichen Sorge oder des Herausgabeanspruchs als eines Bestandteils hiervon außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Ausnahme unzulässig und damit gem. §§ 413, 399, F.1 BGB unwirksam ist,<sup>522</sup> können Pflegeeltern als Anspruchsgegner nicht einwenden, daß die leiblichen Eltern ihre *Aktivlegitimation* durch die Übertragung der elterlichen Sorge oder eines Bestandteils hiervon auf einen Dritten verloren haben.

5.4 Kein Elternteil darf auf die elterliche Sorge verzichten, weil er hierzu nicht lediglich berechtigt, sondern auch verpflichtet ist.<sup>523</sup> Ausnahmen gelten nur im Rahmen der §§ 1671, 1672, 1630 III BGB n.F., sowie im Rahmen der Adoption (§§ 1741 ff BGB). Ein *Verzicht auf das elterliche Sorgerecht*, auch ein partieller Verzicht und damit auch ein auf den Herausgabeanspruch beschränkter Verzicht, ist unwirksam.<sup>524</sup> Auch *das Widerrufsrecht ausschließende Abreden* sind nichtig, da sie einem außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Fälle unzulässigem Verzicht auf die elterliche Sorge gleichkommen.<sup>525</sup> Derartige Abreden und Verzichtserklärungen können grundsätzlich bis zur Grenze des Mißbrauchs frei widerrufen werden, da regelmäßig erst eine Kindeswohlgefährdung eine äußerste Grenze für die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts darstellt.<sup>526</sup> Die elterliche Sorge darf Pflegeeltern ebenso wie anderen Dritten *nur in jederzeit widerruflicher Weise* zur Ausübung überlassen werden.<sup>527</sup> Ein Beispiel hierfür ist die freiwillige Inanspruchnahme von mit einer Fremdunterbringung des Kindes verbundenen Hilfen i.S.v. §§ 27, 33 SGB VIII/KJHG (Familienpflege); denn die Inanspruchnahme einer dieser Hilfen könnte grundsätzlich wieder beendet werden.<sup>528</sup>

5.5 Aufgrund diverser Rechtsgrundlagen, sowohl öffentlich-rechtlicher als auch privatrechtlicher Natur kommen *Beschränkungen des Herausgabeanspruchs* des/der Personensorgeberechtigten in Betracht.

Beispielsweise entfällt der Herausgabeanspruch gem. § 1633 BGB mit der *Heirat des Kindes*, weil damit die Eltern das gesamte Personensorgerecht mit Ausnahme der Befugnis zur Vertretung in persönlichen Angelegenheiten verlieren und die Personensorge unter

---

<sup>522</sup> Palandt-Heinrichs, § 399, 11

<sup>523</sup> Palandt-Diederichsen, § 1626, 6-7; RG, JW 1925, 2115; MüKo-BGB-Hinz, § 1626, 8; KG, FamRZ 1955, 295 ff

<sup>524</sup> Mugdan, S. 752 u. 754

<sup>525</sup> Palandt-Diederichsen, § 1626, 6-7

<sup>526</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 17

<sup>527</sup> OLG München, HRR 1936, 263; Palandt-Diederichsen, § 1626, 7

<sup>528</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 17

anderem den Herausgabeanspruch gem. § 1632 I BGB umfaßt.<sup>529</sup> Der Herausgabeanspruch geht nicht auf den Ehegatten des Kindes über.<sup>530</sup> Eine Wiederauflösung der Ehe noch vor Eintritt der Volljährigkeit, sei es durch Tod des anderen Ehegatten, Scheidung oder Aufhebung der Ehe (§§ 1313 ff BGB n.F.), läßt den durch die Eheschließung eingetretenen Zustand unberührt.<sup>531</sup> Der Grund hierfür liegt in der Formulierung des § 1633 BGB: "..., der verheiratet ist *oder war*, ...".

Hingegen geht durch ein bloßes *Verlöbnis* seitens des Kindes lediglich der Herausgabeanspruch gegen dessen Verlobten verloren.<sup>532</sup> Denn ein Herausgabeverlangen gegen den Verlobten des Kindes würde dem Sinn und Zweck des Verlöbnisses, ein weiteres Kennenlernen der Verlobten und eine Vorbereitung auf die beabsichtigte Heirat zu ermöglichen, zuwiderlaufen.<sup>533</sup> Haben die leiblichen Eltern als gesetzliche Vertreter (§ 1629 I 1 BGB) ihres Kindes die Zustimmung zu dessen Verlöbnis erteilt, sind sie darauf beschränkt, die gem. § 1303 I BGB n.F. erforderliche Zustimmung zur Eheschließung des Kindes zu verweigern. Demgegenüber bleibt der Herausgabeanspruch der leiblichen Eltern gegen andere Personen als den Verlobten des Kindes mangels einer einschlägigen Rechtsgrundlage für den Verlust des Herausgabeanspruchs trotz des Verlöbnisses erhalten.

Weiteren Beschränkungen unterliegt der Herausgabeanspruch unter anderem infolge der *Schulpflicht*, infolge von *jugendstrafrechtlichen Maßnahmen* bzw. infolge von das Aufenthaltsbestimmungsrecht einschränkenden *Entscheidungen des Familiengerichts* gem. §§ 1628, S. 1, 1632 IV, 1666, 1666 a, 1671, 1673 II 3, letzter Halbsatz, 1674 I BGB n.F. Auch in denjenigen Fällen, in denen das Kind oder der Jugendliche während einer *Inobhutnahme* durch das Jugendamt gem. § 42 I 4 und I Nr. 1 SGB VIII/KJHG bei Pflegeeltern untergebracht ist, weil das Kind wegen einer dringenden Gefahr für dessen Wohl darum gebeten hat (§ 42 II 1 SGB VIII/KJHG), steht den leiblichen Eltern kein Herausgabeanspruch zu. Dem stehen diejenigen Fälle gleich, in denen das Kind während einer Inobhutnahme durch das Jugendamt gem. § 43 I 1 und II i.V.m. § 42 I 4 SGB VIII/KJHG in einer Pflegestelle untergebracht ist, weil dem Kind bei derjenigen Person oder in derjenigen Einrichtung, wo sich das Kind mit Zustimmung des Personensorgeberechtigten aufhält, eine dringende Gefahr für das Kindeswohl droht.<sup>534</sup>

*Keinen Herausgabeanspruch* hat ein Elternteil, wenn ihm das Aufenthaltsbestimmungsrecht gem. §§ 1680 III, 1666 BGB n.F. entzogen wurde oder aus anderen Gründen z.B.

<sup>529</sup> Palandt-Diederichsen, § 1626, 15-16

<sup>530</sup> Palandt-Diederichsen, § 1633, 3

<sup>531</sup> Palandt-Diederichsen, § 1633, 1

<sup>532</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 16; LG Hamburg, FamRZ 1981, 309

<sup>533</sup> LG Hamburg, FamRZ 1981, 309, 310; LG Saarbrücken, NJW 1970, 327 ff = FamRZ 1970, 319

<sup>534</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 16

gem. §§ 1671, 1672 BGB n.F., nicht zusteht. Es ist aber auch möglich, daß das *Aufenthaltsbestimmungsrecht* wegen eines tatsächlichen Hindernisses i.S.v. § 1674 BGB (z.B. bei Strafhaft, Auswanderung) oder infolge der Einwilligung in die Adoption des Kindes gem. § 1747 I BGB *ruht*. Dann ist der Elternteil während dieser Zeit nicht berechtigt, das Sorgerecht auszuüben (§ 1675 BGB). Die elterliche Sorge lebt wieder auf, wenn das Vormundschaftsgericht feststellt, daß der Grund des Ruhens nicht mehr besteht (§ 1674 II BGB).

In § 1751 I 1, HS 1 BGB ist nur von "Einwilligung" die Rede; dennoch steht der Einwilligung die *Ersetzung* gem. § 1748 BGB gleich.<sup>535</sup> Wohl kaum hätte nämlich der Gesetzgeber bei der Reform 1976/77 gewollt, daß zwar sofort, wenn ein Elternteil in die Adoption einwilligte, dessen Sorgerecht ruhte, daß aber andererseits ein Elternteil das Sorgerecht behielte, wenn seine Einwilligung gem. § 1748 BGB ersetzt werden müßte. Denn auch eine ersetzte Einwilligung stellt eine Einwilligung im Rechtssinn dar, so daß es keiner ausdrücklichen Erwähnung der gerichtlich ersetzten Einwilligung in § 1751 BGB bedarf.<sup>536</sup>

Ist ein Elternteil zur Abgabe einer Einwilligung gem. § 1747 I BGB dauernd außerstande oder ist sein Aufenthalt dauernd unbekannt (§ 1747 IV BGB), ruht die elterliche Sorge infolge eines tatsächlichen Hindernisses im Sinn von § 1674 I BGB bereits vom Beginn der Adoptionspflege, spätestens jedoch vom *Wegfall des Einwilligungserfordernisses*, an. Ansonsten ruht das Aufenthaltsbestimmungsrecht bei einer Adoptionspflege erst mit der Einwilligung bzw. deren gerichtlicher Ersetzung.

5.6 Um eine Bindungslosigkeit des Kindes zu verhindern, ist ein Herausgabebegehren der leiblichen Eltern grundsätzlich gerechtfertigt. Doch ist es von Fall zu Fall unterschiedlich, ob der *Antrag* von beiden Elternteilen oder nur von einem Elternteil gestellt werden muß.

Gem. § 1678 I 1, HS 1, F. 1 BGB n.F. übt im Fall der Verhinderung eines Elternteils *der andere Elternteil* die elterliche Sorge während der Verhinderung *allein* aus, ohne daß es eines Gerichtsbeschlusses bedarf. Gleiches gilt gem. § 1678 I 1, HS 1, F. 2 BGB n.F., falls die elterliche Sorge des anderen Elternteils gem. § 1674 BGB ruht. Im Fall des Entzugs des Sorgerechts des anderen Elternteils gem. § 1680 III BGB n.F. und im Fall des Todes des anderen sorgeberechtigten Elternteils gem. § 1680 I u. II BGB n.F. steht die elterliche Sorge dem jeweils anderen Elternteil allein zu.

Ruht lediglich die elterliche Sorge *eines* Elternteils gem. § 1751 I 1, HS 1 BGB, sei es

<sup>535</sup> Palandt-Diederichsen, § 1751, 1

<sup>536</sup> AG Münster, DAV 1977, 271-273; ablehnende Anmerkung: Czerner



aufgrund dessen Einwilligung in die Adoption gem. § 1747 BGB, sei es aufgrund der Ersetzung seiner Einwilligung gem. § 1747 BGB, übt gem. § 1678 I, HS 1 BGB *der andere Elternteil* die elterliche Sorge *allein* aus mit der Folge, daß diesem Elternteil der Herausgabeanspruch allein zusteht. - Falls die elterliche Sorge, nachdem die Einwilligung seitens *beider* Elternteile wegen Scheiterns der Annahme oder aufgrund Zeitablaufs ihre Kraft verloren hat, gem. § 1751 III BGB auf beide Elternteile *zurückübertragen* wurde, steht der Herausgabeanspruch den leiblichen Eltern wieder *gemeinschaftlich* zu. - Wenn die elterliche Sorge, nachdem die Einwilligung *eines* Elternteils ihre Kraft verloren hat, gem. § 1751 III BGB auf diesen Elternteil zurückübertragen wurde, übt dieser Elternteil gem. § 1678 I, HS 1 BGB n.F. fortan die elterliche Sorge *allein* aus, so daß diesem Elternteil nunmehr der Herausgabeanspruch *allein* zusteht.

Gem. § 1632 III BGB n.F. ergeht eine Entscheidung über eine Herausgabestreitigkeit auf Antrag "*eines*" Elternteils. Insoweit ist § 1632 III BGB n.F. *mißverständlich* formuliert, denn das Recht, die Herausgabe des Kindes zu verlangen, beruht gem. § 1632 I BGB auf der Personensorge, und diese steht gem. § 1626 I BGB, der durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz lediglich redaktionelle Änderungen erfuhr, miteinander verheirateten Eltern unverändert gemeinsam zu. Gem. § 1626 a I BGB n.F. können auch nicht miteinander verheiratete Eltern das gemeinsame Sorgerecht und damit die gemeinsame Personensorge erhalten, wenn sie entweder sogenannte Sorgeerklärungen abgeben (§ 1626 a I Nr. 1 BGB n.F.) oder einander heiraten (§ 1626 a I Nr. 2 BGB n.F.). Steht die Personensorge beiden Elternteilen gemeinsam zu, hat dies zur Folge, daß *beide den Herausgabeantrag stellen* müssen. Allerdings kann der Antrag von einem Vertreter gestellt werden, da alle rechtsgeschäftlichen Handlungen nicht-höchstpersönlicher Natur durch einen *Vertreter* erfolgen dürfen.<sup>537</sup> Daher darf auch in denjenigen Fällen, in denen die Personensorge beiden Elternteilen zusteht, ein Elternteil allein den Antrag auf Herausgabe an sich selbst stellen, indem er den Antrag gleichzeitig sowohl im eigenen Namen als auch als Vertreter des anderen Elternteils stellt. Ansonsten ist ein Elternteil allein nur dann befugt, die Herausgabe des Kindes an sich selbst zu verlangen, wenn ihm entweder das Aufenthaltsbestimmungsrecht allein zusteht oder der andere Elternteil seine Zustimmung erteilt hat.<sup>538</sup> Letzteres ist insbesondere bei dauernd getrennt lebenden Eltern der Fall.<sup>539</sup> Die Herausgabe an sich und den anderen Elternteil gemeinsam kann jedoch jeder sorgeberechtigte Elternteil selbst in denjenigen Fällen verlangen, in denen beide Eltern das Sorgerecht besitzen.<sup>540</sup> Hierin liegt meines Erachtens eine Parallele zum Recht eines jeden Miteigentümers im Fall von Miteigentum nach Bruchteilen im Sinn von § 1008 BGB, den

---

<sup>537</sup> Palandt-Heinrichs, vor § 164, 4

<sup>538</sup> MüKo-BGB Hinz, § 1632, 29, Fn 65; OLG Celle, FamRZ 1970, 201

<sup>539</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 9

<sup>540</sup> Palandt-Diederichsen, § 1632, 3

Anspruch auf Herausgabe der Sache an alle Miteigentümer gemeinschaftlich im eigenen Namen gem. §§ 1011, 432 BGB geltend zu machen.

Auch bei gemeinsamem Sorgerecht darf ein Elternteil die *Herausgabe an sich allein* verlangen, falls der andere Elternteil nicht zur Mitwirkung bereit ist,<sup>541</sup> d.h. wenn der *andere Elternteil* sein *Desinteresse zeigt*, ohne den Verbleib des Kindes beim Dritten explizit zu befürworten, also ohne dem Herausgabeantrag zu widersprechen. Bei einem Widerspruch seitens des anderen sorgeberechtigten Elternteils muß der Herausgabeantrag abgelehnt werden.<sup>542</sup> Diese Konstellation ist m. E. vergleichbar mit § 115 I 1, HS 2 HGB, wonach ein geschäftsführender OH-Gesellschafter im Fall des Widerspruchs eines anderen geschäftsführenden Gesellschafters eine zur Geschäftsführung gehörende Handlung zu unterlassen hat. - Bei einem *Dissens* zwischen den beiderseits sorgeberechtigten Eltern muß erst eine Entscheidung des Familiengerichts gem. § 1628 BGB n.F. herbeigeführt werden.<sup>543</sup>

5.7 Eine *gerichtliche Entscheidung* gem. § 1632 IV BGB erweist sich in folgenden Fällen als *erforderlich*:

- Die natürlichen Eltern beantragen nach der Übertragung des Sorgerechts gem. § 1630 III BGB, dessen Rückübertragung und die Herausgabe des Kindes.
- Die biologischen Eltern begehren vom Vormund nach der Aufhebung des Beschlusses, durch den ihnen gem. § 1666 I 1 BGB das Personensorgerecht entzogen wurde, die Herausgabe des Kindes.

Die Pflegepersonen, in deren Obhut sich das Kind seit längerer Zeit ohne gerichtliche Anordnung befindet, stellen einen Antrag auf eine Verbleibensanordnung i.S. v. § 1632 IV BGB, nachdem die natürlichen Eltern den Willen geäußert haben, das Kind aus der Pflege herauszunehmen.

Die Pflegeeltern streben mit Hilfe einer Verbleibensanordnung i.S.v. § 1632 IV BGB eine Rückführung des Kindes an, das vom Jugendamt als Amtsvormund (§ 1791 b BGB; § 1791 c BGB n.F.) nach Einwilligung der biologischen Eltern und Erwirken eines entsprechenden Gerichtsbeschlusses weggenommen wurde.<sup>544</sup> § 1632 IV BGB gewährt auch die letztere Möglichkeit, da ansonsten der durch die Rechtsordnung erstrebte besondere Schutz unvollkommen wäre.<sup>545</sup>

5.8 Der *Inhalt des Herausgabeanspruchs* richtet sich nach den Verhältnissen des

---

<sup>541</sup> Palandt-Diederichsen, § 1632, 3; OLG Celle, FamRZ 1970, 201

<sup>542</sup> Palandt-Diederichsen, § 1632, 3; BayObLG, FamRZ 1984, 1144

<sup>543</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1632, 29

<sup>544</sup> Siedhoff, NJW 1994, 616, 617

<sup>545</sup> Siedhoff, NJW 1994, 616, 617, Fn 9a

Einzelfalls bzw. nach den Maßnahmen, die die Pflegeeltern als Dritte zur Beeinträchtigung des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts getroffen haben.<sup>546</sup> Normalerweise ist die Pflegeperson zur Duldung der Herausnahme des Kindes aus der Pflegefamilie, im Fall einer Wegnahme oder Entführung zusätzlich zu einem Rückführen bzw. Bringen des Kindes verpflichtet. Erforderlichenfalls besitzt der Inhaber des Personensorgerechts einen Anspruch auf die Beseitigung von Hindernissen oder auf die Nennung des Aufenthaltsorts bzw. der Person, bei der sich das Kind aufhält.<sup>547</sup>

5.9 Als *Antragsgegner* kommen Pflegeeltern ebenso wie jeder andere beliebige Dritte, sowie der nichtsorgeberechtigte Elternteil in Betracht.<sup>548</sup> Das Kind selbst ist in keinem Fall Gegner eines Anspruchs aus § 1632 I BGB.<sup>549</sup>

Wenn der nichtsorgeberechtigte Elternteil das Kind bei Pflegeeltern unterbringt, bleibt er neben den Pflegeeltern Gegner des Anspruchs aus § 1632 I BGB.<sup>550</sup> - Diese Konstellation ist vergleichbar mit derjenigen bei einer Untervermietung, bei der der Hauptmieter gem. § 556 III BGB neben dem Untermieter Schuldner des Rückgabeanspruchs aus § 556 I BGB bleibt.<sup>551</sup> In ähnlicher Weise ist die Konstellation auch vergleichbar mit derjenigen bei dem Vindikationsanspruch aus § 985 BGB, wonach der bisherige unmittelbare Besitzer auch nach Übertragung des unmittelbaren Besitzes auf einen Dritten als nunmehriger mittelbarer Besitzer neben dem nunmehrigen unmittelbaren Besitzer Schuldner des Herausgabeanspruchs bleibt.<sup>552</sup>

6.1 Seit 01.07.1998 ist für eine Verbleibensanordnung nicht mehr das Vormundschaftsgericht, sondern das *Familiengericht sachlich zuständig* (§ 1632 IV n.F.; Art. 14, § 1 und Art. 15, § 1 Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 04.12.1997, BGBl. 1997 I S. 2846; § 23 b I Nr. 4 GVG). Örtlich zuständig ist das Gericht, bei dem der Antragsgegner (Pflegeperson oder leiblicher Elternteil) seinen Wohnsitz hat (§ 64 III 1 FG n.F., § 621 I Nr. 3 ZPO n.F., § 621 II 2 ZPO, §§ 12, 13 ZPO). Gem. § 14 I Nr. 7 RPflG n.F. ist eine Entscheidung über den Verbleib eines Pflegekinds dem *Richter* vorbehalten.

6.2 Eine Verbleibensanordnung kann sowohl auf Antrag der Pflegeeltern<sup>553</sup> als auch, nachdem dies eventuell vom Jugendamt oder einem Dritten angeregt wurde,<sup>554</sup> von Amts

---

<sup>546</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1632, 30

<sup>547</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 8

<sup>548</sup> Staudinger-Salge, § 1632, 10

<sup>549</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 12

<sup>550</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 14

<sup>551</sup> Palandt-Putzo, § 556, 20; OLG Düsseldorf, ZMR 1996, 494

<sup>552</sup> Palandt-Bassenge, § 985, 7-8

<sup>553</sup> BT-Drucksache 8/2788, S. 40 u. 52

<sup>554</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1632, 21

wegen ergehen. Das *Antragsrecht der Pflegeeltern* dient der besseren Verwirklichung der Rechte des Kindes<sup>555</sup> und bewirkt, anders als die Möglichkeit lediglich gerichtliche Maßnahmen anzuregen, daß die Pflegeeltern zu Beteiligten im formellen und prozessualen Sinn werden, weil sie zur Wahrnehmung sachlicher Interessen am Verfahren teilnehmen.<sup>556</sup> Aus der Rechtsstellung der Pflegeeltern als Prozeßbeteiligte folgt eine Reihe von Rechten, und zwar:

das Recht, sich gem. § 13 FGG durch einen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten zu lassen,<sup>557</sup>

das Recht auf Teilnahme an mündlichen Verhandlungen im Rahmen der förmlichen Beweisaufnahme, da § 15 FGG bei förmlichen Beweisaufnahmen die Beteiligtenöffentlichkeit vorschreibt,<sup>558</sup>

das Recht auf Akteneinsicht gem. § 34 FGG,

das Recht auf Anhörung in allen die Person des Pflegekindes betreffenden Angelegenheiten gem. § 50 c FGG.<sup>559</sup>

das Recht auf Bekanntgabe der gerichtlichen Entscheidung gem. § 16 FGG, und

das Recht, zur Einlegung von Rechtsmitteln,<sup>560</sup> wobei die unbefristete einfache Beschwerde gem. § 19 FGG das statthafte Rechtsmittel ist;<sup>561</sup> der sofortigen (= fristgebundenen) Beschwerde unterliegen nur die im Gesetz selbst genannten Fälle,<sup>562</sup> von denen vorliegend keiner einschlägig ist.

6.3 Auch *zugunsten des Kindes* hat der Gesetzgeber verschiedene *Rechte* vorgesehen, die die Rechte der Pflegeperson tangieren können:

Im Verfahren gem. § 1632 IV BGB n.F. wird das Gericht dem minderjährigen Kind einen Verfahrenspfleger, z.B. einen Sozialpädagogen oder einen Rechtsanwalt, bestellen (§ 50 I u. II Nr. 3, F. 1 FGG).

Hat das Kind das 14. Lebensjahr vollendet und ist es nicht geschäftsunfähig, so hört das Gericht das Kind im Rahmen des § 50 b II 1 FGG persönlich an.

Die Entscheidung des Gerichts und in der Regel auch die Begründung sind dem Pflegekind bekanntzugeben (§ 59 II FGG).

Hat das Kind das 14. Lebensjahr vollendet, darf es unter den Voraussetzungen des § 59

---

<sup>555</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 126, Fn 37

<sup>556</sup> Knöringer, FGG, S. 9; Schlüter-Liedmeier, FuR 1990, 122, 124

<sup>557</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 79

<sup>558</sup> Knöringer, FGG, S. 7/8

<sup>559</sup> BVerfGE 68, 176, 187, 189 = Staudinger-Salgo, § 1632, 78

<sup>560</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 112

<sup>561</sup> Kropp, DRiZ 1979, 118

<sup>562</sup> Knöringer, FGG, S. 54

FGG in allen seine Person betreffenden Angelegenheiten ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters das Beschwerderecht ausüben.

6.4 Für das Verfahren selbst gilt das *Amtsermittlungsprinzip* gem. § 12 FGG.<sup>563</sup> Die zentrale Verantwortung des Richters liegt dabei in der unverkürzten Erfassung des individuellen Sachverhalts.<sup>564</sup> Gerade diese Feststellung ist notwendig, weil eine bestimmte Situation nicht bei allen Kindern die gleiche Wirkung hervorruft.<sup>565</sup> Deshalb muß das Gericht zunächst feststellen, ob die Interessen der leiblichen Eltern an der Herausgabe und das Kindeswohl miteinander kollidieren, da nur auf diese Weise der Grundrechtsposition des Kindes aus Art. 2 I GG in Verbindung mit Art. 1 I GG Rechnung getragen wird.<sup>566</sup> Allein auf Grund der gewichtigen Bedeutung der in Frage stehenden Grundrechte wird eine derartige Entscheidung lediglich unter Zuhilfenahme sämtlicher zur Sachverhaltensaufklärung zur Verfügung stehender Mittel erfolgen können. Dies bedeutet, daß zusätzlich zu der in den §§ 49 a I, Nr. 6 F. I, 50 a - c FGG vorgesehenen *Anhörung* ein psychologisches oder psychiatrisches *Gutachten* eingeholt werden muß. Nur mit Hilfe von außerjuristischem Fachwissen kann festgestellt werden, ob das Kind durch die Rückkehr in die Herkunftsfamilie einen Schaden zu erleiden droht oder nicht. Generell hat sich nämlich die Überzeugung durchgesetzt, daß allein auf Grund generalisierender Richtwerte über den kindlichen Zeitbegriff eine Abwägung zwischen dem verfassungsrechtlich geschützten Elternrecht und dem Kindeswohl nicht möglich ist. Das Vorliegen einer Gefahr für das Kindeswohl muß zur vollen Überzeugung des Gerichts feststehen. Wie in allen Amtsverfahren in der freiwilligen Gerichtsbarkeit darf eine Anordnung nur dann ergehen, wenn dem Gericht der Nachweis gelingt, daß deren materiell-rechtliche Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>567</sup> Die Gefahr für die Kindesentwicklung muß so ernst zu nehmen sein, daß sich bei einer Herausnahme eine beträchtliche Schädigung des körperlichen, geistigen und psychischen Wohls des Kindes mit erheblicher Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt.<sup>568</sup> Die Amtsaufklärungspflicht gebietet, nach der für das Kindeswohl am wenigsten schädlichen Alternative zu suchen.<sup>569</sup>

6.5 In den die Person eines Kindes betreffenden Verfahren soll das Gericht so früh wie möglich und in jeder Lage des Verfahrens auf ein *Einvernehmen* der Beteiligten hinwirken. Es soll die Beteiligten so früh wie möglich anhören und auf bestehende Möglichkeiten der *Beratung* hinweisen (§ 52 FGG).

---

<sup>563</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 101; §§ 621 a I 1, 621 I Nr. 1 ZPO

<sup>564</sup> Staudinger-Coester, § 1666, 56

<sup>565</sup> Mnookin, FamRZ 1975, 1, 2, 3

<sup>566</sup> Siedhoff, NJW 1994, 616, 617

<sup>567</sup> Knöringer, FFG, S. 26

<sup>568</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1666, 25; BayObLG, DAV 1983, 78, 81

<sup>569</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1666, 24

6.6 Bei der Entscheidung über den Erlaß einer Verbleibensanordnung hat das Gericht danach zu differenzieren, ob es sich um eine *vorläufige* oder um eine *endgültige* Anordnung handelt. Während vorläufige Anordnungen vor allem wegen des kindlichen Zeitbegriffs auf die ungefährdete Rückkehr des Kindes in die Herkunftsfamilie abzielen müssen, hat sich eine endgültige Anordnung an der Sicherung dauerhafter Lebensumstände für das Kind zu orientieren, soweit die Voraussetzungen des § 1632 IV BGB erfüllt sind.<sup>570</sup> Eine *vorläufige (einstweilige) Anordnung* setzt voraus, daß nach den glaubhaft gemachten Tatsachen ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Eingreifen besteht mit der Folge, daß ein Zuwarten bis zur endgültigen Entscheidung nach abschließender Sachprüfung nicht verantwortet werden kann und daß eine derartige Endentscheidung wahrscheinlich ist.<sup>571</sup> Bis zur endgültigen Verbleibensanordnung gem. § 1632 IV BGB besitzen die Pflegeeltern anders als nach niederländischem Recht kein Bloskaderecht, sondern lediglich ein Recht, selbständig einen Antrag auf eine vorläufige Anordnung zu stellen, um bis zur Entscheidung hierüber nicht zur Herausgabe des Kindes verpflichtet zu sein.<sup>572</sup> Die generelle Zulässigkeit einstweiliger (vorläufiger) Anordnungen in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit über die gesetzlich geregelten Fälle (z.B. §§ 24 III, 53 a III, 69 f FGG; § 13 V HausratsVO; § 44 III WEG) hinaus, von denen hier keiner einschlägig ist, wird in der Literatur kaum noch bestritten, obwohl das FGG und seine Nebengesetze anders als die ZPO mangels einer expliziten gesetzlichen Regelung kein allgemeines Institut der einstweiligen Anordnung kennen.<sup>573</sup>

Ordnet das Gericht die Herausgabe des Kindes an, so kann es die Herausgabe der zum persönlichen Gebrauch des Kindes bestimmten *Sachen* durch einstweilige Anordnung regeln (§ 50 d FGG).

6.7 Eine *Aussetzung der Vollziehung* gem. § 24 II FGG kommt wegen der sogar die Grundrechte berührenden Bedeutung der Angelegenheit im Fall der Ablehnung einer Verbleibensanordnung und der Anordnung, das Pflegekind herauszugeben, in Betracht, wenn gegen eine derartige Entscheidung Rechtsmittel eingelegt werden.<sup>574</sup> Unter Umständen kann den natürlichen Eltern ein Zuwarten bis zum rechtskräftigen Abschluß des Verfahrens wegen der Pflichtbindung des Elternrechts eher zugemutet werden als dem Kind. Daher ist zu bedenken, daß eine Anordnung, das Kind herauszugeben, zu einer Vollziehung gegen den Willen des Kindes, gegebenenfalls unter Gewaltanwendung, führen kann, was sowohl gegen das Kindeswohl als auch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit

<sup>570</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 98

<sup>571</sup> BayObLG, FamRZ 1988, 748; Knöringer, FGG, S. 35

<sup>572</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 80

<sup>573</sup> Knöringer, FGG, S. 35

<sup>574</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 110

verstößt.<sup>575</sup>

6.8 Die Verhandlung über den Herausgabeanspruch ist *nicht öffentlich* (§ 170 S. 1 GVG).

6.9 Die *Kosten* für die Einholung des Gutachtens aus dem Bereich der Kinderpsychologie oder -psychiatrie dürfen den Pflegeeltern nicht auferlegt werden, weil das Gericht das Gutachten allein im öffentlichen Interesse, d.h. im Rahmen seiner öffentlich-rechtlichen Schutzpflicht eingeholt hat.<sup>576</sup> Der Ersatz von Aufwendungen und die *Vergütung für* den vom Gericht bestellten *Verfahrenspfleger* erfolgen aus der Staatskasse (§ 50 V 1 FGG n.F.).

7.1 Bei der Schaffung des § 1632 IV BGB a.F. orientierte sich der deutsche Gesetzgeber am *Art. 310 III* des Schweizer Zivilgesetzbuchs (ZGB), der lautet:

"Hat ein Kind längere Zeit bei Pflegeeltern gelebt, so kann die Vormundschaftsbehörde den Eltern seine *Rücknahme* untersagen, wenn diese *die Entwicklung des Kindes ernstlich zu gefährden droht*".<sup>577</sup>

Nach der durch das Sorgerechtsreformgesetz ab 01.01.1980 geltenden Fassung des § 1632 IV BGB konnte eine Verbleibensanordnung ergehen, "... wenn und solange für eine solche Anordnung die *Voraussetzungen des § 1666 Abs. 1 Satz 1* insbesondere im Hinblick auf Anlaß und Dauer der Familienpflege gegeben sind."

§ 1666 I 1 BGB a.F. sprach von Kindeswohlgefährdung "durch mißbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge, durch Vernachlässigung des Kindes, durch unverschuldetes Versagen der Eltern oder durch das Verhalten eines Dritten..."

Wie ein Vergleich der beiden zitierten Texte zeigt, folgte der deutsche Gesetzgeber nur teilweise dem schweizerischen Vorbild. Während die Herausnahme nach dem Schweizer ZGB *unabhängig* vom elterlichen Verhalten untersagt werden konnte, setzte eine Verbleibensanordnung gem. § 1632 IV BGB a.F. wegen der Bezugnahme auf § 1666 BGB in jedem Fall ein *kausales elterliches Verhalten* ("mißbräuchliche Ausübung", "Vernachlässigung", "unverschuldetes Versagen") voraus. Lediglich auf ein Verschulden kam es nicht an. Zudem verfehlte § 1666 I BGB a.F. die dem § 1632 IV BGB a.F. eigentümliche Problematik,<sup>578</sup> denn § 1666 I BGB a.F. ging vom Regelfall einer Lebensgemeinschaft von Eltern mit ihren Kindern aus. Doch ein Pflegekind lebt gerade

---

<sup>575</sup> Staudinger-Coester, § 1666, 172 ff

<sup>576</sup> OLG Hamm, FamRZ 1995, 1365; Staudinger-Salgo, § 1632, 102

<sup>577</sup> Schwenger, A 84 ff, A 111

<sup>578</sup> Schwab, A 125

nicht in einer häuslichen Gemeinschaft mit seinen Eltern. Dennoch sah der Gesetzgeber 1979 davon ab, den Konflikt zwischen den natürlichen Eltern einerseits und den Pflegeeltern und dem Kind andererseits aus der damals schon als nicht passend erkannten Systematik des § 1666 I BGB a.F.<sup>579</sup> herauszulösen, um *verfassungsrechtliche Unsicherheiten* zu umgehen, die eine mit einer Verbleibensanordnung unter weniger engen Voraussetzungen verbundenen Beschränkung von Elternrechten mit sich gebracht hätte.

7.2 Die *unterlassene Entkoppelung* brachte die gerichtliche Praxis in ein Dilemma. Das rechtspolitische Bedürfnis nach stärkerem Schutz der gewachsenen Bindungen der Pflegekinder zwang die Gerichte zur Anwendung verschiedener Kunstgriffe, die aber letztendlich teilweise doch nur in einer Auslegung gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes oder in sachfremden Erwägungen mündeten.

In den bald nach dem Inkrafttreten des Sorgerechtsreformgesetzes entschiedenen Fällen besaß zunächst der in § 1666 I 1 BGB a.F. genannte *Sorgerechtsmißbrauch* die größte Bedeutung. Doch worin sollte der Mißbrauch liegen? Die mißbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge wird gewöhnlich abstrakt definiert als "falscher rechts- und zweckwidriger Gebrauch des Personenrechts durch positives Handeln in einer dem Kindeswohl und dem Erziehungsziel objektiv zuwiderlaufenden, jedem besonnenen Elternteil erkennbaren Weise".<sup>580</sup> Die gängigen Kommentare nennen bei § 1666 BGB unter "Mißbrauch" einen Katalog von Verhaltensweisen mit offensichtlich kindschädigendem Charakter, angefangen von körperlichen Mißhandlungen<sup>581</sup> über sexuellen Mißbrauch,<sup>582</sup> die beharrliche Weigerung, das Kind in die Schule zu schicken,<sup>583</sup> bis hin zum Aufdrängen einer neigungs- und begabungswidrigen Ausbildung. Bei dem Herauslösen des Kindes aus seinen Bindungen zu den Pflegeeltern, liegt, solange die Pflegeeltern die Betreuung wollen, der Grund logischerweise in der Rückführungsabsicht der leiblichen Eltern. Je seriöser aber der Wunsch nach persönlicher Fürsorge für das Kind erscheint, je mehr die Beendigung der Fremdunterbringung mit den mit den Pflegeeltern getroffenen Abreden übereinstimmt, je verständlicher das Herausgabebegehren angesichts veränderter Umstände erscheint, desto schwerer kann das Herausgabeverlangen als Unrechtshandlung qualifiziert werden.<sup>584</sup>

Deshalb behalf sich die *Rechtsprechung nach dem Inkrafttreten des Sorgerechtsreform-*

---

<sup>579</sup> Siehr, StAZ 1976, 56 ff

<sup>580</sup> Schwab, A 126

<sup>581</sup> OLG Frankfurt a. M., FamRZ 1980, 284; OLG Düsseldorf, NJW 1985, 1291; Palandt-Diederichsen, § 1666, 26

<sup>582</sup> OLG Oldenburg, FamRZ 1979, 851; LG Köln, FamRZ 1992, 712; Palandt-Diederichsen, § 1666, 28

<sup>583</sup> BayObLG, NJW 1984, 928

<sup>584</sup> Schwab, A 126



*gesetzes* zugunsten eines stärkeren Schutzes der gewachsenen Bindungen der Pflegekinder und richtete § 1632 IV BGB a.F. durch Auslegung entsprechend zu.<sup>585</sup> Der von der Rechtsprechung gegangene Weg führte zunächst zu einer *Gleichsetzung von Kindeswohlgefährdung* mit dem in § 1666 I 1 BGB a.F. genannten *Sorgerechtsmißbrauch*. Beispielsweise qualifizierte das BayObLG<sup>586</sup> jedes Verhalten als mißbräuchlich, das für das Kind die Gefahr gravierender seelischer Schäden und nicht lediglich kurzfristig überwindbarer Belastungen mit sich brachte, mit der Folge, daß ein Herausgabebegehren einen Mißbrauch darstellen konnte, falls der hiermit verbundene Umgebungswechsel zu einer ernsthaften Gefährdung des Kindes in seiner körperlichen, geistigen oder psychischen Entwicklung führen mußte, beispielsweise, weil es unvermittelt aus den persönlichen und sachlichen Beziehungen des Umfelds, mit denen es bis dahin schon fest verwachsen war, herausgerissen und somit einer äußeren und inneren Entwurzelung anheimgegeben würde.

Die Gleichsetzung von objektiver Kindeswohlgefährdung durch aktives Tun mit dem Sorgerechtsmißbrauch hatte zur Folge, daß die gerichtliche Praxis die *Eingriffsschwelle* des § 1666 BGB a.F. beträchtlich *tiefer* ansetzte, als dies dem Gesetzeswortlaut entsprach. Im Mißbrauchserfordernis enthält § 1666 BGB neben der Zurechnung der Kindesgefährdung durch eine bestimmte Art elterlichen Verhaltens nach wie vor ein *subjektives Element*.<sup>587</sup> Es erschien gefährlich, diese Schranken *gegen staatlichen Zugriff* generell preiszugeben, nur um auf dem Problemfeld des Pflegekinderwesens die richtige Regel zu finden.

Gleiches wie für den Sorgerechtsmißbrauch galt auch für die Tatbestandsvariante "*unverschuldetes Versagen*" des § 1666 I BGB a.F. Hier entfällt zwar das Erfordernis persönlicher Verwerfbarkeit, statt dessen wird eine objektive Pflichtwidrigkeit, das heißt ein als "Versagen" anzunehmendes elterliches Verhalten verlangt. Jedoch kann der Wunsch, sich wieder selbst um das Kind zu kümmern, schwerlich zum Versagen herabgewürdigt werden. Selbst das gewöhnliche Sprachgefühl verwehrt sich dagegen, eine alleinerziehende Mutter, die sich nach überstandener langer Krankheit wieder um ihr Kind kümmern möchte, als Versager abzustempeln. Soweit der Wunsch der Mutter ernsthaft ist und nicht aus einer Laune heraus entstand, ist er ein Ausdruck mütterlichen Fühlens.

Die schwierige Frage, ob eine Rückkehr in die leibliche Familie das Kind schädigen wird und wie dem begegnet werden kann, stellt sich einzig und allein aus der Situation des Kindes heraus, unabhängig davon, ob den Eltern jemals ein Vorwurf zu machen oder ein

---

<sup>585</sup> Schwab, A 127

<sup>586</sup> BayObLG, FamRZ 1981, 999 = Schwab, A 127, Fn 132

<sup>587</sup> Schwab, A 127, Fn 133 = Soergel-Ronke, § 1666, 13

Versagen anzulasten ist. Demgegenüber besteht bei der *Suche nach "Mißbrauch" und "Versagen"* die *Gefahr sachfremder Erwägungen*.<sup>588</sup>

7.3 Die *familienrechtliche Abteilung des 54. DJT 1982* setzte sich dafür ein, Verbleibensanordnungen allein an die begründete Sorge einer schweren Schädigung des Kindes zu knüpfen und den Bezug auf § 1666 BGB zu beseitigen, etwa nach dem *Vorbild des Art. 310 III des Schweizer ZGB*. Anlaß und Dauer der Familienpflege sollten lediglich bei der Einschätzung der Gefahr, die dem Kind durch die Rückkehr in seine Herkunftsfamilie droht, eine Rolle spielen. Die Dauer der Familienpflege sollte nur eine Indizwirkung besitzen, da die Entwicklung dauerhafter Beziehungen auch von zahlreichen anderen Faktoren, z.B. der tatsächlichen Einbindung in die Pflegefamilie und dem Abbruch des Kontakts zu den leiblichen Eltern abhängt. In jedem Fall müsse die Entwicklung der zwischenmenschlichen Beziehungen den Ausschlag geben.<sup>589</sup>

7.4 Die Forderung des 54. DJT wurde in der *Folgezeit* in großem Umfang von der *Rechtsprechung* aufgegriffen, die sich auf die Frage konzentrierte, ob durch die Rückkehr in die Herkunftsfamilie das Kindeswohl gefährdet wird. Da die Ausübung elterlicher Befugnisse wegen der Pflichtbindung des Elternrechts in keinem Fall dazu berechtigt, das Kindeswohl zu gefährden, lautete § 1632 IV BGB nach Ansicht der Rechtsprechung in der Folgezeit: *Ein das Kindeswohl gefährdendes Herausgabebegehren ist unzulässig*.<sup>590</sup> Vielfach erließen Vormundschaftsgerichte Verbleibensanordnungen, wenn von einer mißbräuchlichen Ausübung der elterlichen Sorge im Sinn von § 1666 I, F. 1 BGB n.F., genauer gesagt, des Aufenthaltsbestimmungsrechts, ausgegangen werden konnte, weil "der sorgeberechtigte Elternteil das Kind aus seinem bisherigen Umfeld in der Pflegefamilie, wo es sich beheimatet fühlt, herausnehmen und in die Herkunftsfamilie zurückführen will" oder "falls das Kind unvermittelt aus den persönlichen und sachlichen Beziehungen des Umfeldes, mit denen es bis dahin schon fest verwachsen ist, herausgelöst würde mit der Gefahr einer inneren und äußeren Entwurzelung".<sup>591</sup>

Entsprechend den Empfehlungen des 54. DJT befaßte sich die Rechtsprechung nur in Ausnahmefällen mit Fragen nach einem Verschulden der leiblichen Eltern. Zu den seltenen Ausnahmen gehört eine Entscheidung des LG Hof, in der das Beharren der Mutter auf der das Kind gefährdenden Entwurzelung als "schuldhaft" im Sinn von § 1666 I 1, F. 1 BGB a.F. angesehen wurde mit der Begründung, die Mutter habe das Ausmaß der Gefahr erkannt.<sup>592</sup> Ebenso bejahte die Rechtsprechung fast nie ein unverschuldetes Elternversagen

<sup>588</sup>Schwab, A 128

<sup>589</sup>Schwab, A 129

<sup>590</sup>OLG Hamm, FamRZ 1995, 1507

<sup>591</sup>Staudinger-Salgo, § 1632, 83 = BayObLG, DAV 1985, 336, 337; Siedhoff, NJW 1994, 616, 622

<sup>592</sup>Staudinger-Salgo, § 1632, 83 = LG Hof, DAV 1981, 213, 215

im Sinn von § 1666 I 1, F. 1 BGB a.F. Zumeist machte die Rechtsprechung zu den angenommenen Gefährdungen nähere Ausführungen; dagegen ließ sie gewöhnlich offen, ob die Gefährdung durch eine mißbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge im Sinn von § 1666 I 1, F. 1 BGB a.F. verursacht wurde. Selten nahmen die Entscheidungsbegründungen zu den subjektiven Elementen dieser Variante des § 1666 I 1 BGB a.F. Stellung.<sup>593</sup>

Untersuchungen der gerichtlichen Praxis kamen zu dem Ergebnis, daß die Gerichte nach der Feststellung einer auf dem Herausgabebegehren beruhenden *Kindeswohlgefährdung* nicht streng subsumierten, sondern hierin *automatisch* einen *Mißbrauch* der elterlichen Sorge sahen.<sup>594</sup>

Im Laufe der Zeit vertraten *Rechtsprechung* und *Literatur* zunehmend die Auffassung, daß die ein *elterliches Fehlverhalten* beschreibenden Merkmale des § 1666 BGB bei der Subsumtion unter § 1632 IV BGB a.F. *keine eigenständige Bedeutung* besaßen, da die Frage, ob die von der leiblichen Familie verfolgte Herausnahme das Kind schädigen wird, nichts mit der Frage zu tun hat, ob den Eltern ihr jetziges oder gar früheres Verhalten zum Vorwurf gereicht oder nicht.<sup>595</sup>

7.5 In der juristischen *Literatur* fand die Verweisung auf § 1666 I 1 BGB kaum Befürworter. Lediglich *Holzhauer*<sup>596</sup> schien die Anknüpfung an § 1666 I 1 BGB a.F. eher zu befürworten als abzulehnen. Er begründete dies damit, daß das subjektive Element in § 1666 I 1 BGB a.F. lediglich eine Kausalität des Inhabers der Personensorge für die Kindeswohlgefährdung vorschreibe, die nicht einmal verhaltensgesteuert sein müsse. § 1632 IV BGB a.F. unterscheide sich insofern nicht von § 1666 I 1 BGB a.F., als die Gefährdung des Kindeswohls auf die leiblichen Eltern, denen das Sorgerecht nach wie vor zusteht, zurückgehen muß. Ebenso wie bei § 1666 I 1 BGB a.F. gehe es bei § 1632 IV BGB a.F. um die Durchsetzung von Geboten der elterlichen Verantwortung, die auch einen Verzicht auf das Kind beinhalten kann. Schließlich sei es sogar ein Vorteil des § 1632 IV BGB a.F. gewesen, daß dieser mit Hilfe einer Verweisung auf § 1666 I 1 BGB a.F. die Gleichartigkeit der Eingriffsstruktur und Eingriffsschwelle verdeutlichte.<sup>597</sup> Hingegen wurde die ablehnende Haltung in der übrigen juristischen Literatur mit dem Grundkonzept der Sorgerechtsreform begründet:

Der Gesetzgeber des Sorgerechtsreformgesetzes habe eine Differenzierung, Effektivierung und Entlastung der kindschaftsrechtlichen Generalklausel des § 1666 I BGB a.F., beabsichtigt. Die angestrebte Reform sei jedoch nur stückweise gelungen. Zwar habe sich der

<sup>593</sup> Staudinger-Coester, § 1666, 12 u. 13

<sup>594</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 84

<sup>595</sup> Schwab, A 128 = Schlüter-Liedmeier, FuR 1990, 122, 130

<sup>596</sup> Holzhauer, ZRP 1982, 222, 225

<sup>597</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 85

Gesetzgeber auf der einen Seite endlich zur Herauslösung des Konflikts um das Pflegekind aus der unpassenden Systematik des § 1666 BGB<sup>598</sup> bereiterklärt, sei jedoch auf der anderen Seite im gleichen Atemzug zur als untauglich befundenen und deswegen verworfenen Regelung zurückgekehrt. Die Systematik des § 1666 I BGB bewiese ebenso wie § 1666 a BGB, der eine Trennung des Kindes von der elterlichen Familie nur als ultima ratio zulasse, daß diese Norm für ein mit seinen Eltern bzw. einem Elternteil zusammenlebendes Kind konzipiert sei, dem durch das Verhalten der Eltern oder eines Dritten Gefahren für sein Wohl drohten.<sup>599</sup> Diese Auffassung vom Grundkonzept der §§ 1666, 1666 a BGB a.F. wurde insbesondere mit dem Wortlaut des § 1666 a BGB belegt, der sich mit der Zulässigkeit der Trennung eines Kindes von der elterlichen Familie befaßt. Denn wenn ein Kind ohnehin bereits außerhalb der elterlichen Familie lebe, sei eine Trennung des Kindes von dieser schon rein begrifflich nicht möglich. Ein Pflegekind passe nicht in das Grundkonzept der §§ 1666, 1666 a BGB a.F., weil es unter den Voraussetzungen des § 1632 IV BGB a.F. gerade nicht mehr in einer häuslichen Gemeinschaft mit seinen natürlichen Eltern lebe.<sup>600</sup> Auch in einer anderen Hinsicht liefe eine volle Verweisung auf § 1666 BGB a.F. den gesetzgeberischen Intentionen der Sorgerechtsreform zuwider: Mit § 1632 IV BGB a.F. bezweckte der Gesetzgeber, die Schwelle für gerichtliche Eingriffe zum Schutz des fest in der Pflegefamilie verwurzelten Pflegekindes nicht etwa zu erhöhen, sondern abzusenken.<sup>601</sup> Diese Absichten des Gesetzgebers würden gleichzeitig wieder rückgängig gemacht, wenn man die Schwelle für Eingriffe mit Hilfe einer vollen Verweisung auf § 1666 I 1 BGB a.F. wieder erhöhen würde.<sup>602</sup> Auf diesem Weg würden Sinn und Zweck der Reform ins Gegenteil verkehrt. Daher befürwortete eine ansehnliche Zahl von Reformvorschlägen eine Abkoppelung des § 1632 IV BGB a.F. von den Voraussetzungen des § 1666 I 1 BGB a.F., einige von ihnen unter Verweisung auf das Vorbild in Art. 310 III des Schweizer ZGB.<sup>603</sup> In jedem an die Adresse der Eltern gerichteten Vorwurf ("Mißbrauch", "Versagen") liege zugleich eine kontraproduktive Gefahr: Auf der einen Seite könnte der Vorwurf die Kooperationsbasis mit den natürlichen Eltern beeinträchtigen, auf der anderen Seite müßte eine Zusammenarbeit wahrscheinlich als gescheitert angesehen werden, wenn sich die Pflegeeltern zur Gefährdungsbegrenzung gerichtlicher Hilfe bedienen müßten.

7.6 Die Forderung des 54. DJT 1982 wurde gut fünfzehn Jahre später in § 1632 IV BGB n.F. in geltendes Recht umgesetzt. Die novellierte Passage lautet nunmehr: Eine Verbleibensanordnung kann ergeben, "... wenn und solange das *Kindeswohl* durch die Wegnahme

---

<sup>598</sup>Münder, NJW 1986, 811, 814

<sup>599</sup>Salgo, StAZ 1983, 89, 93 u. 97

<sup>600</sup>Staudinger-Salgo, § 1632, 85

<sup>601</sup>BT-Drucksache 8/2788, S. 40

<sup>602</sup>Schlüter-Liedmeier, FuR 1990, 122, 128

<sup>603</sup>Beschlußempfehlung, 59. DJT, M. 263

gefährdet würde". Ein Blick in die Gesetzesmaterialien zeigt, daß die Anregungen aus Rechtsprechung und Literatur tatsächlich den Anstoß zur *Novellierung des § 1632 IV BGB* gaben; dort heißt es: In Anlehnung an die bisherige Rechtsprechung zu § 1632 IV BGB a.F. wurden die Voraussetzungen für eine Verbleibensanordnung in bezug auf Pflegekinder neu formuliert.<sup>604</sup> Damit bezweckte der Gesetzgeber, daß die Voraussetzungen für eine Verbleibensanordnung in den Fällen der §§ 1632 IV BGB n.F. und 1682 BGB n.F. (Wegnahme des Kindes durch den zur Aufenthaltsbestimmung berechtigten leiblichen Elternteil) *parallel ausgestaltet* sind. Die Bezugnahme auf § 1666 BGB konnte wegfallen, da die dort zusätzlich zur Kindeswohlgefährdung genannten Eingriffsvoraussetzungen (mißbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge, Vernachlässigung des Kindes, unverschuldetes elterliches Versagen, Verhalten eines Dritten) in der gerichtlichen Praxis nicht immer zur Voraussetzung für das Verbleiben des Kindes bei den Pflegeeltern gemacht wurden. Des weiteren erschien der *Hinweis auf Anlaß und Dauer* der Familienpflege *überflüssig*, weil die genannten Umstände schon vor dem Inkrafttreten der Kindschaftsrechtsreform im Rahmen der Kindeswohlprüfung umfassend gewürdigt werden mußten und das Kind ohnehin schon längere Zeit bei den Pflegeeltern gelebt haben mußte, damit der § 1632 IV BGB a.F. überhaupt zur Anwendung kam.<sup>605</sup>

7.7 Der in § 1632 IV BGB neu aufgenommene Begriff "*Kindeswohl*" umfaßt das körperliche, geistige und psychische Wohl des Kindes (§ 1666 I BGB n.F.), wobei diese drei Komponenten nicht streng voneinander abgrenzbar sind.<sup>606</sup> Zum Wohl des Kindes gehört in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen; gleiches gilt für den Umgang mit anderen Personen, zu denen das Kind Bindungen besitzt, wenn ihre Aufrechterhaltung für seine Entwicklung förderlich ist (§ 1626 III BGB n.F.; vgl. auch §§ 1684, 1685 BGB n.F.). Durch die Formulierung "(1) Wird das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder sein Vermögen ... gefährdet, ...", bringt § 1666 I 1 BGB n.F. zum Ausdruck, daß der Gesetzgeber das *Kindesvermögen nicht* zum "*Kindeswohl*" rechnet, obwohl die Bestimmung Gefahren für das Kindesvermögen den Gefahren für das "*Kindeswohl*" gleichstellt. Das "*Kindeswohl*" beurteilt sich sowohl aus der subjektiven Sicht des Kindes nach dessen Wohlbefinden, als auch objektiv-normativ aus dessen Zukunftsperspektive. Der Schutz des Kindeswohls bezweckt die Voraussetzungen für eine gedeihliche altersgemäße Entwicklung in jeder Hinsicht zu gewährleisten, um zu ermöglichen, daß sich die gesamte Persönlichkeit des Kindes in allen Belangen harmonisch entwickelt.<sup>607</sup> Als Entscheidungsmaßstab für das "*Kindeswohl*" dient deshalb in erster Linie das durch § 1626 II BGB anerkannte Erziehungsziel einer Heranführung des Kindes zu selbständigem,

---

<sup>604</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 96

<sup>605</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 96

<sup>606</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1666, 22

<sup>607</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1666, 23 = BayObLG, ZBJugR 1983, 308, 310

verantwortungsbewußtem Handeln im Sinn einer Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit,<sup>608</sup> einem Ziel, wie es ähnlich in § 1 SGB VIII/KJHG<sup>609</sup> definiert ist. Als unbestimmter Rechtsbegriff<sup>610</sup> dient das "Kindeswohl" sowohl als Eingriffslegitimation, die staatliche Eingriffe in das Elternrecht aus Art. 6 II GG überhaupt erst rechtfertigt, als auch als Entscheidungsmaßstab für den Inhaber der staatlichen Eingriffsmaßnahme. Daher haben sich sowohl das "Ob" als auch das "Wie" der staatlichen Intervention nach dem "Kindeswohl" zu richten. Das "Kindeswohl" ist Orientierungspunkt für die Ausübung des staatlichen Wächteramts und für Eingriffe in die elterliche Sorge; es ist verfahrensleitendes Prinzip.<sup>611</sup> Das Kindeswohlprinzip beinhaltet zwei Grundwertungen: Das Kindeswohl hat Vorrang vor allen anderen involvierten Interessen; die Einzelfallgerechtigkeit hat Vorrang vor allgemeinen Regeln.<sup>612</sup> Das Kindeswohl darf nicht zur Durchsetzung für wichtig empfundener gesellschaftlicher Werte noch zur Sanktionierung von Fehlverhalten beteiligter Erwachsener mißbraucht werden.<sup>613</sup> Zur Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs, der weit über den juristischen Bereich hinausreicht, gebietet die Amtsaufklärungspflicht gem. §§ 621 a I 1, 621 I Nr. 1 ZPO n.F. in Verbindung mit § 12 FGG häufig die Einholung eines jugendpsychologischen bzw. jugendpsychiatrischen Gutachtens; hierbei ist insbesondere nach der für das Kindeswohl am wenigsten schädlichen Alternative zu suchen.<sup>614</sup>

7.8 Eine Verbleibensanordnung gem. § 1632 IV BGB n.F. setzt nach seinem Wortlaut eine Gefahr für das Kindeswohl durch die Rückkehr in die Herkunftsfamilie voraus. Die *Gefährdung* des Kindeswohls, wie sie § 1632 IV BGB n.F. meint, entspricht unverändert<sup>615</sup> derjenigen des nur redaktionell geänderten § 1666 I 1 BGB<sup>616</sup> und liegt dann vor, wenn eine gegenwärtige oder zumindest nahe bevorstehende Gefährdung für die Kindesentwicklung besteht, die so ernst zu nehmen ist, daß sich bei einer Fortdauer eine beträchtliche Schädigung des körperlichen, geistigen oder psychischen Wohls des Kindes mit hinreichender Sicherheit prognostizieren läßt.<sup>617</sup> Nach Ansicht von Psychologen ist dies bei der Besorgnis der Bindungslosigkeit eines Kindes und der damit einhergehenden Destabilisierung der Persönlichkeit,<sup>618</sup> sowie bei der Besorgnis psychischer oder körperlicher Mißhandlung, sexuellen Mißbrauchs oder vergleichbarer Vorgehensweisen der Fall.

---

<sup>608</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1666, 24

<sup>609</sup> Samper/Honnacker, S. 178

<sup>610</sup> BayObLG, FamRZ 1976, 345

<sup>611</sup> Staudinger-Coester, § 1666, 55

<sup>612</sup> Staudinger-Coester, § 1666, 56

<sup>613</sup> Staudinger-Coester, § 1666, 57

<sup>614</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1666, 24; Siedhoff, NJW 1994, 616, 618; Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 126

<sup>615</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 96

<sup>616</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 97

<sup>617</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1666, 35; Siedhoff, NJW 1994, 616, 618

<sup>618</sup> Mnookin, FamRZ 1975, 1, 5

Bei der Beurteilung des Grads der Gefährdung ist das *Milieu* zu berücksichtigen, in dem das Kind aufwächst.<sup>619</sup>

Der Begriff der Gefährdung im Sinn der §§ 1632 IV BGB n.F. und 1666 I BGB n.F. zeigt Ähnlichkeiten mit dem sicherheits- und polizeirechtlichen Begriff der konkreten, das heißt im Einzelfall bestehenden Gefahr. Unter letzterem Begriff versteht man eine Sachlage, die im betreffenden Einzelfall tatsächlich oder zumindest aus der ex-ante Sicht des für die Polizei bzw. Sicherheitsbehörde handelnden Amtswalters bei verständiger Beurteilung der Sachlage die Möglichkeit eines Schadens in sich birgt, und zwar in naher Zukunft.<sup>620</sup> Für das Kindeswohl hingegen genügt die Gefahr von *Spätschäden*, wie sie zum Beispiel bei einem beharrlichen Abhalten des Kindes vom Schulbesuch besteht. Beide Gefahrbegriffe unterscheiden sich also durch das Zeitmoment.

Eine Gefährdung des Kindeswohls liegt erst dann vor, wenn die leiblichen Eltern die Grenze des Vertretbaren überschreiten.<sup>621</sup> Daher genügt die Möglichkeit einer *besseren Betreuung* des Kindes *bei den Pflegeeltern* nicht für eine Verbleibensanordnung, wenn bei den natürlichen Eltern keine Kindeswohlgefährdung festgestellt werden kann.<sup>622</sup> Diese einschränkende Interpretation des Begriffs "Gefährdung des Kindeswohls" erinnert an die Einschränkung des sicherheits- und polizeirechtlichen Begriffs der konkreten Gefahr, wonach bloße Nachteile, Belästigungen oder Unbequemlichkeiten nicht als Gefahren anzusehen sind.<sup>623</sup> - Ähnlich sind sich die Gefahrbegriffe darin, daß sie der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Abwehr von Gefahren und nicht mit der Sanktionierung eines Fehlverhaltens verwendet.

Erst wenn die Gefahr für das Kindeswohl *mit hinreichender Sicherheit prognostiziert* wurde, kann eine Verbleibensanordnung ergehen. Da niemand sicher weiß, wie sich das Schicksal eines Menschen unter diesen oder jenen Umständen vollziehen wird, kann praktisch auch keine Prognose mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit aufgestellt werden.<sup>624</sup> Für eine Verbleibensanordnung muß es ausreichen, daß in Anbetracht der Dauer der Familienpflege, des Alters des Kindes bei der Inpflegegabe, des gegenwärtigen Alters des Kindes, der Bindungen zwischen Pflegeeltern und Kind, der inneren Lösung von den natürlichen Eltern, Anzahl und Ursachen vorangegangener Fremdunterbringungen<sup>625</sup>

---

<sup>619</sup> Palandt-Diederichsen, § 1666, 16; gleicher Auffassung: OLG Hamm, ZfJ 1983, 274; Lempp, NJW 1963, 1659 u. ZBlJugR 1979, 49; Schworer, NJW 1964, 5; Mnookin, FamRZ 1975, 1, 4

<sup>620</sup> Steiner-Schenke, S. 185

<sup>621</sup> Staudinger-Coester, § 1666, 67

<sup>622</sup> Münder, FamRZ 1988, 313 = MüKo-BGB-Hinz, § 1666, 26; Siedhoff, NJW 1994, 616, 617

<sup>623</sup> BVerwG, DVBl 1969, 586 ff = Steiner-Schenke, S. 187

<sup>624</sup> Mnookin, FamRZ 1975, 1, 3; Siedhoff, NJW 1994, 616, 618

<sup>625</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 86

und sämtlicher übriger Fallumstände *ernstlich zu befürchten* ist, das Kind werde infolge der Herausnahme aus der Pflegestelle zu diesem Zeitpunkt einen schweren psychischen Schaden erleiden.<sup>626</sup> Demgegenüber ließ ein Teil der Rechtsprechung schon die bloße Möglichkeit einer Gefährdung genügen,<sup>627</sup> um eine Verbleibensanordnung auszusprechen. Das *Bundesverfassungsgericht*<sup>628</sup> wiederum differenzierte wie folgt: "Bei der Abwägung zwischen Elternrecht und Kindeswohl im Rahmen von Entscheidungen im Sinn von § 1632 IV BGB kommt es entscheidend darauf an, ob das Kind in die Obhut seiner biologischen Eltern zurückkehren soll oder ob diese lediglich einen Wechsel der Pflegestelle beabsichtigen; hiernach richtet sich das notwendige Maß der Ungewißheit über potentielle Beeinträchtigungen des Kindes, das unter Berücksichtigung seiner Grundrechtsposition hingenommen werden kann. Falls die natürlichen Eltern oder ein Elternteil die Erziehung des Kindes wieder selbst übernehmen wollen, ist die Risikogrenze generell weiter zu ziehen".

Die drohende *Herausnahme* aus der Pflegefamilie bzw. die drohende *Rückkehr* in die Herkunftsfamilie müssen für die Gefährdung des Kindes *ursächlich* sein. Daher scheidet eine Anordnung gem. § 1632 IV BGB n.F. aus, wenn das Kindeswohl auch ohne Rückkehr in die Herkunftsfamilie bzw. im Fall einer bereits erfolgten Herausnahme aus der Pflegefamilie trotz Rückkehr in die Pflegefamilie gefährdet wäre.

Der vorrangige Schutz des Kindes gebietet, die *Ursachen* für dessen Gefährdung außer Betracht zu lassen.<sup>629</sup> *Ohne Bedeutung* ist deshalb in diesem Zusammenhang (nicht aber für die Prognose), worauf die im Fall einer Rückkehr in die Herkunftsfamilie bzw. im Fall eines Verbleibs in der leiblichen Familie nach bereits erfolgter Herausnahme aus der Pflegestelle drohende Gefährdung des Kindeswohls beruht.<sup>630</sup>

*Maßgebender Zeitpunkt* für die Beurteilung der Frage, ob eine Gefährdung des Kindeswohls droht, ist allein der *Zeitpunkt* der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs, nicht der Zeitpunkt der Trennung von der leiblichen Familie,<sup>631</sup> weil es allein von der gegenwärtigen Situation des Kindes abhängt, ob dem Kindeswohl im Fall einer Rückkehr in die leibliche Familie eine Gefahr droht. Jedoch muß in diesem Zusammenhang bedacht werden, daß eine Verbleibensanordnung im Sinn von § 1632 IV BGB alter wie neuer Fassung nicht voraussetzt, daß der Herausgabeanspruch bereits geltend gemacht wurde, sondern eine ernsthaft geäußerte Ankündigung eines auch zukünftigen Herausgabebe-

---

<sup>626</sup> Schwab, A 129

<sup>627</sup> Siedhoff, NJW 1994, 616, 618, Fn 32 unter Verweis auf OLG Frankfurt a. M., FamRZ 1980, 826, 827

<sup>628</sup> BVerfGE 75, 201, 220 = NJW 1988, 125, 126 = FamRZ 1987, 786, 790

<sup>629</sup> Fahrenhorst, FamRZ 1996, 461 unter Hinweis auf die Ansicht der "Straßburger Organe"

<sup>630</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 127, Fn 49

<sup>631</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 87



gehrens genügt. In derartigen Fällen scheidet der - noch nicht feststehende - Zeitpunkt der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs als Beurteilungszeitraum aus. Es fragt sich daher, welcher Zeitpunkt statt dessen in Frage kommt. Da die Frage der Gefährdung des Kindeswohls im Rahmen des § 1632 IV BGB gegenwartsbezogen beurteilt werden muß, wird man meines Erachtens statt dessen den Zeitpunkt der ernsthaft geäußerten Ankündigung der Geltendmachung eines zukünftigen Herausgabebegehrens als relevanten Zeitpunkt für die Beurteilung ansehen müssen.

8. Die temporale Konjunktion "*solange*" im letzten Halbsatz soll verdeutlichen, daß § 1632 IV BGB bezweckt, die Herausnahme von Kindern aus Pflegestellen "zur Unzeit" zu verhindern. Die Konjunktion beruht auf dem Verständnis des § 1632 IV BGB im Sinn der Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages.<sup>632</sup> Deshalb müssen sowohl besonders trennungsempfindliche Lebensabschnitte, als auch das komplexe Bindungsgeschehen beachtet werden. Beispielsweise dürfte für Minderjährige, die sich in Vollzeitpflege im Sinn von § 33 SGB VIII/KJHG befinden, eine Rückkehr in die Herkunftsfamilie meistens zur Unzeit kommen, weil die betreffenden Minderjährigen aufgrund ihrer dauerhaften Einbindung in die Pflegefamilie gewöhnlich keinen festen Kontakt zur leiblichen Familie mehr haben. Andererseits muß sich das zuständige Gericht der Tatsache bewußt sein, daß sich die Aussichten der Eltern, das Kind wieder in ihre Obhut zu nehmen, durch den Zeitablauf beträchtlich verschlechtern,<sup>633</sup> und deshalb Art. 8 EMRK verbietet, Entscheidungen in Bezug auf den Verbleib von Pflegekindern durch Zeitablauf zu präjudizieren.<sup>634</sup> Dem wirkt § 1696 I BGB n.F. entgegen, der ein Abänderungsverfahren neuerdings zwingend vorschreibt, wenn dies aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen angezeigt ist.

9. Obwohl § 1632 IV BGB davon spricht, daß das Gericht den Verbleib anordnen "*kann*", handelt es sich nicht um eine Ermessensnorm. Gebietet das Kindeswohl auf Grund dessen erheblicher Gefährdung den Erlass einer Verbleibensanordnung, so erwächst für das Gericht wegen des staatlichen Wächteramts gem. Art. 6 II 2 GG die *Pflicht*, eine derartige Entscheidung zu treffen, ohne daß dem Gericht hinsichtlich des "Ob" ein Ermessensspielraum verbliebe.<sup>635</sup> Wenn die Tatbestandsmerkmale des unbestimmten Gesetzesbegriffs "Gefährdung des Kindeswohls" erfüllt sind, hat der Richter *kein Entschließungsermessen*.

Doch auch das *Auswahlermessen* des Gerichts ist in mehrfacher Hinsicht *eingeschränkt*. Da ist zunächst einmal grundsätzlich an das *Prinzip der Verhältnismäßigkeit* zu denken.

---

<sup>632</sup> BT-Drucksache 8/2788, S. 52

<sup>633</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 92

<sup>634</sup> Fahrenhorst, FamRZ 1996, 459

<sup>635</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 81 = Palandt-Diederichsen, § 1632, 26

Demzufolge müssen dann, wenn mehrere Alternativen zur Auswahl stehen, letztendlich die staatlichen Maßnahmen geeignet sein, den angestrebten Zweck zu fördern und dürfen nicht weitergehende Nachteile hervorrufen, als unbedingt erforderlich sind; ferner dürfen die Nachteile nicht außer Verhältnis zu den erstrebten Vorteilen stehen. Im Licht der Verhältnismäßigkeit gebührt folglich bei Kindeswohlgefährdung zuerst eventuellen öffentlichen Hilfen und dann dem zeitlich begrenzten Pflegeverhältnis vor dem dauerhaften Verbleib des Kindes der Vorrang. Da beim zeitlich begrenzten Pflegeverhältnis die alsbaldige Rückkehr des Kindes in die Herkunftsfamilie angestrebt wird, kommt den Besuchskontakten in erster Linie mit den Eltern, aber gegebenenfalls auch mit anderen in § 1685 BGB n.F. genannten Personen besondere Bedeutung zu. Eine solche Umgangsregelung ist regelmäßig unverzichtbar, um die Härte der Verbleibensanordnung für die natürlichen Eltern oder einen Elternteil zu mildern und durch Besuche die Rückkehr des Kindes zu den natürlichen Eltern zu fördern. Jedoch greift eine Verbleibensanordnung regelmäßig tief in die Personensorge ein, da sie rechtlich die Ausübung des Herausgabeanspruchs nach § 1632 I BGB und damit die uneingeschränkte Geltendmachung des Aufenthaltsbestimmungsrechts nach § 1631 I BGB verbietet und zugleich die leiblichen Eltern de facto von der Ausübung weiterer, nicht explizit entzogener Bereiche des Personensorgerechts, z. B. der Pflege und Erziehung, ausschließt, ohne zugleich die Pflegeeltern auch rechtlich mit den betreffenden Befugnissen auszustatten. Mit der Verbleibensanordnung werden die aus dem Aufenthaltsbestimmungsrecht fließenden Befugnisse den Inhabern des Personensorgerechts zwar nicht ausdrücklich entzogen, jedoch de facto blockiert.<sup>636</sup> Wohl deshalb ergeben sich ergänzend speziell für eine Verbleibensanordnung weitere Grenzen des staatlichen Handelns aus *Art. 6 III GG* in Verbindung mit § 1666 a I BGB, wonach Maßnahmen, mit denen eine Trennung des Kindes von der elterlichen Familie verbunden ist, nur zulässig sind, wenn der Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch öffentliche Hilfen begegnet werden kann. Zusätzlich schreibt § 1666 a II BGB vor, daß die gesamte Personensorge nur entzogen werden darf, wenn andere Maßnahmen erfolglos geblieben sind oder wenn anzunehmen ist, daß sie zur Abwehr von Gefahr nicht ausreichen. Weitere Vorgaben, die die Gerichtsentscheidung, die die elterliche Sorge betreffen, enthält § 1697 a BGB n.F., der das Auswahlermessen praktisch auf Null reduziert, indem er festlegt, daß unter den bestehenden Gegebenheiten und Möglichkeiten, sowie unter den berechtigten Interessen der Beteiligten einzig diejenige zum Zug kommt, die dem Wohl des Kindes am meisten entspricht. Nur dann, wenn zwei exakt gleich gute Lösungsmöglichkeiten vorhanden wären, bliebe dem Richter ein Auswahlermessen.

10. Bald nach dem Inkrafttreten des Sorgerechtsreformgesetzes mit Beginn des Jahres 1980 stellte sich die Frage nach dem *Verhältnis zwischen* dem neu eingefügten § 1632 IV BGB

---

<sup>636</sup>Staudinger-Salgo, § 1632, 92

*a.F.* und dem bereits vorher vorhandenen § 1666 BGB. Praktische Bedeutung erlangte die Frage insbesondere für Kinder, die zu niemandem Bindungen entwickeln konnten, weil sie in häufig wechselnden Pflegestellen untergebracht waren. Eine Verbleibensanordnung auf Grund von § 1632 IV BGB konnte für auf solche Art gefährdete Kinder aber dann nicht ergehen, wenn die Voraussetzungen des § 1666 I BGB weder im Hinblick auf den Anlaß noch auf die Dauer der Familienpflege gegeben schienen. In derartigen Fällen bejahte die Rechtsprechung die Anwendbarkeit des § 1666 I BGB, denn ursprünglich sollte diese Bestimmung gefährdete Kinder vor sämtlichen denkbaren Pflichtverletzungen seitens ihrer biologischen Eltern schützen.<sup>637</sup> Das Sorgerechtsreformgesetz regelte den bis dahin unmittelbar im Rahmen des § 1666 BGB auszutragenden Konflikt zwischen den biologischen Eltern auf der einen und den Pflegeeltern auf der anderen Seite mit § 1632 IV BGB in einer Weise neu, die den Interessen der Pflegekinder besser Rechnung tragen sollte. Doch war nur ein Schutz gegen eine bei Pflegekindern besonders häufig auftretende Gefahr, nicht aber ein allumfassender Schutz für Pflegekinder beabsichtigt.<sup>638</sup> Daher beinhaltete § 1632 IV BGB a.F. als Sonderregelung für einen Unterfall keine abschließende, § 1666 BGB in dem Anwendungsbereich Pflegekinderwesen verdrängende Regelung mit der Folge, daß § 1666 BGB subsidiär anwendbar blieb, wenn § 1632 IV BGB a.F. nicht einschlägig war.<sup>639</sup>

Ab 01.07.1998 ist der Passus "... im Hinblick auf Anlaß oder Dauer der Familienpflege ..." weggefallen. *Nunmehr* kann auch in denjenigen Fällen, in denen dem Kindeswohl durch den häufigen Wechsel der Pflegestellen Gefahr droht, eine Verbleibensanordnung auf § 1632 IV BGB n.F. gestützt werden, da dieser eine Verbleibensanordnung bei jeder infolge einer Wegnahme des Kindes von den Pflegeeltern drohenden Gefährdung des Kindeswohls - egal aus welchen Gründen - zuläßt. Ein Rückgriff auf § 1666 I BGB erfolgt nur noch dann, wenn entweder dem Wohl des Pflegekinds aus anderen Gründen als infolge einer drohenden Wegnahme aus der Pflegestelle Gefahr droht, z. B. wegen Mißhandlung durch die Pflegeeltern, oder wenn zusätzlich zur Verbleibensanordnung ein Sorgerechtsentzug erforderlich ist oder bei Gefahr für das Vermögen des Pflegekinds.

11. § 1632 IV BGB n.F. wird durch § 1688 IV BGB n.F. ergänzt, wonach der Inhaber der Personensorge durch die Verbleibensanordnung das Recht verliert, die den Pflegeeltern nach § 1688 I BGB n.F. zustehenden Vertretungsbefugnisse gem. § 1688 III 1 BGB n.F. einzuschränken oder auszuschließen. § 1688 IV BGB n.F. stellt klar, daß nach Erlaß einer Verbleibensanordnung i.S.v. § 1632 IV BGB n.F. das Recht der Pflegeperson zur Wahrnehmung alltäglicher Angelegenheiten nicht durch widersprechende Erklärungen

<sup>637</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 127, Fn 52; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 49 II 1, 2

<sup>638</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 127, Fn 53; Knöpfel, FamRZ 1977, 600, 601

<sup>639</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 127, Fn 54; OLG Frankfurt a. M., FamRZ 1981, 813, 814

seitens der natürlichen Eltern zerstört werden kann.<sup>640</sup> § 1688 IV BGB n.F. wurde geschaffen, weil aufgrund der nach dem Ergehen einer Verbleibensanordnung erfahrungsgemäß bestehenden Konfliktsituation die Gefahr besteht, daß der Inhaber der Personensorge durch eine gem. § 1688 III 1 BGB n.F. grundsätzlich zulässige abweichende Erklärung das Pflegeverhältnis stört.<sup>641</sup> Weil bereits nach früherer Rechtslage richtiger Ansicht nach im Fall einer Verbleibensanordnung eine Sorgerechtsregelung ergehen mußte, handelt es sich bei der den § 1632 IV BGB n.F. ergänzenden Vorschrift um die Kodifizierung der bereits praktizierten Rechtslage.

## **B. Das Umgangsrecht (§ 1685 BGB n.F., § 1684 I und II 2 BGB)**

### **I. Das Umgangsrecht früherer Pflegeeltern gem. § 1685 II, F. 3 BGB n.F. und die Duldungspflicht nachfolgender Pflegeeltern**

1. Schon bislang wurde eine gewachsene Bindung des Kindes an Pflegeeltern gewöhnlich im Rahmen eines Verfahrens nach § 1632 IV BGB berücksichtigt, z. B. durch die Einräumung eines Umgangsrechts der Pflegepersonen als Ausgleich für eine abgelehnte oder zeitlich befristete Verbleibensanordnung.<sup>642</sup> Ungeachtet ihrer Einbettung in ein Verfahren nach § 1632 IV BGB fanden derartige Entscheidungen ihre materiell-rechtliche Grundlage allerdings allein in § 1666 I BGB, denn sie dienten dazu, eine Gefährdung des psychischen Kindeswohls infolge des Wechsels des Kindes zu seinen natürlichen Eltern zu vermeiden und die Kontinuität in der Erziehung sicherzustellen. Denn anderes als absolute Kontaktbeschränkungen sind relative, d.h. nur auf bestimmte Dritte bezogene Kontaktbeschränkungen zwar regelmäßig nicht entwicklungsgefährdend, können jedoch im Einzelfall das psychische Kindeswohl in so beträchtlichem Maß beeinträchtigen, daß ein Eingriff geboten ist.<sup>643</sup>

Nach der Rechtsprechung konnte ein Sorgerechtsmißbrauch bereits darin liegen, daß ein Elternteil ohne vernünftigen Grund den Umgang der nichtelterlichen Bezugspersonen mit dem Kind unterband. Denn Kinder, die von Pflegeeltern betreut werden, entwickeln häufig Bindungen zu diesen mit der Folge, daß ein plötzlicher Abbruch sämtlicher Beziehungen dem Kind schaden kann.<sup>644</sup> Dennoch stand bislang keiner nichtelterlichen Bezugsperson

<sup>640</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 108

<sup>641</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 155

<sup>642</sup> BayObLGZ 1984, 98, NJW 1984, 2168, 2169; Staudinger-Coester, § 1666, 107

<sup>643</sup> Staudinger-Coester, § 1666, 106

<sup>644</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 46/47

ein eigenes Umgangsrecht kraft Gesetzes zu. Statt dessen konnte lediglich dem Elternteil in dieser Hinsicht das Sorgerecht entzogen werden mit der Folge, daß das Gericht eine Besuchsregelung für die nichtelterlichen Bezugspersonen treffen konnte. Der Weg über § 1666 BGB mit einem partiellen Sorgerechtsentzug befriedigte aber nicht. Einerseits griff ein expliziter partieller Sorgerechtsentzug durch das Gericht unnötig stark in das Elternrecht ein; andererseits brachte der Umweg über § 1666 BGB nicht deutlich genug zum Ausdruck, daß es gewöhnlich dem Kindeswohl entspricht, mit seinen Großeltern und sonstigen Personen engeren Kontakt zu haben.<sup>645</sup>

Nunmehr definiert § 1626 III 2 BGB n.F. als Bestandteil des Kindeswohls den Umgang des Kindes mit anderen Personen, zu denen es Bindungen besitzt, falls ihre Aufrechterhaltung die Entwicklung des Kindes fördert.<sup>646</sup> Aus diesem Grund erhielten Personen, bei denen das Kind *längere Zeit* in Familienpflege lebte, durch § 1685 II, F. 3 BGB n.F. ein Umgangsrecht.<sup>647</sup>

Der deutsche Gesetzgeber schuf § 1685 BGB n.F. u.a. deswegen, weil es gegen *Art. 8 EMRK* verstieß, daß Großeltern und sonstige nahestehende Personen, d.h. auch ehemalige Pflegeeltern, keinen Anspruch auf Umgang hatten.<sup>648</sup>

§ 1685 BGB n.F. folgt dem Vorschlag der Arbeitsgruppe des 59. DJT 1992, auch anderen Personen als den leiblichen Eltern ein Umgangsrecht einzuräumen. Angesichts der Stärkung des Umgangsrechts des nach bisheriger Terminologie nichtehelichen Vaters durch § 1684 I BGB n.F. lag es nahe, auch nichtelterlichen Bezugspersonen mit einem Umgangsrecht auszustatten.<sup>649</sup> § 1685 BGB n.F. will jedoch eine zu starke Ausweitung von Umgangsstreitigkeiten verhindern und beschränkt daher das Umgangsrecht auf Bezugspersonen, die dem Kind regelmäßig besonders nahestehen, d.h. neben ehemaligen Pflegeeltern auf Geschwister, Großeltern und Stiefelternteile.<sup>650</sup> Dem Umgangsrecht der nichtelterlichen Bezugspersonen gem. § 1685 BGB n.F. entspricht anders als dem Umgangsrecht der leiblichen Eltern gem. § 1684 I BGB n.F. weder eine Umgangspflicht noch ein Anspruch des Kindes,<sup>651</sup> denn § 1685 BGB n.F. räumt nach seinem Wortlaut dem Kind selbst keine Rechte ein. Ebenso wie andere nichtelterliche Bezugspersonen dürfen die ehemaligen Pflegeeltern nach wie vor nicht gegen ihren Willen zur Anwesenheit bei der Ausübung des Umgangsrechts gezwungen werden. Deshalb wurde die mißverständliche

---

<sup>645</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 47

<sup>646</sup> Knittel, ZfJ 1997, 359

<sup>647</sup> Knittel, ZfJ 1997, 359

<sup>648</sup> Palandt-Diederichsen, vor § 1297, 7

<sup>649</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 106/107

<sup>650</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 107

<sup>651</sup> Schwab/Wagenitz, S. 19

Formulierung in § 1634 II 1 BGB a.F., wonach das Familiengericht "auch gegenüber Dritten" verbindliche Anordnungen treffen konnte, ersatzlos gestrichen.

2. § 1685 II, F. 3 BGB n.F. setzt voraus, daß das Kind bei der betreffenden Pflegeperson "*längere Zeit*" in Familienpflege war. Den unbestimmten Begriff "*längere Zeit*" definieren weder das Gesetz noch die Gesetzgebungsmaterialien. Die Tatsache, daß § 1685 II, F. 3 BGB n.F. einen ähnlichen Zweck wie § 1632 IV BGB verfolgt, nämlich eine Gefährdung des seelischen Kindeswohls infolge des Wechsels des Kindes zu seinen biologischen Eltern zu verhindern und die Kontinuität in der Erziehung zu gewährleisten, rechtfertigt es m.E., den unbestimmten Begriff "*längere Zeit*" in § 1685 II, F. 3 BGB n.F. ebenso auszulegen, wie das Tatbestandsmerkmal "seit längerer Zeit" des § 1632 IV BGB.

Der Leitgedanke des § 1685 II, F. 3 BGB n.F. dürfte demnach folgender sein: Wenn das Kind seinen leiblichen Eltern entfremdet ist und in der Pflegefamilie seine Bezugswelt gefunden hat, würde sein seelisches Wohl durch den plötzlichen Abbruch der Beziehungen zu den Pflegeeltern gefährdet.<sup>652</sup> "Längere Zeit" bedeutet, daß das Kind im Zeitpunkt der Rückkehr in die Herkunftsfamilie schon längere Zeit bei den betreffenden Pflegepersonen gelebt haben muß.<sup>653</sup> Anders als im Rahmen des § 1630 III BGB und ähnlich wie im Rahmen des § 1632 IV BGB kommt es *nicht* auf die in Aussicht genommene *künftige* Dauer der Familienpflege an.<sup>654</sup>

Ähnlich wie im Rahmen des § 1632 IV BGB ist die Dauer des Aufenthalts in der Pflegefamilie als solche nicht ausreichend; vielmehr muß der Aufenthalt zur Entfremdung des Kindes von seinen biologischen Eltern geführt haben mit der Folge, daß das Kind bei den Pflegeeltern seine Bezugswelt gefunden hat.<sup>655</sup> Hierbei gibt den Ausschlag primär das Vorhandensein von Bindungen zur Pflegefamilie und nur sekundär das Fehlen von Bindungen zu den natürlichen Eltern. Jedoch dürften m.E. im Rahmen des § 1685 II, F. 3 BGB n.F. anders als im Rahmen des § 1632 IV BGB *allein* die Bindungen des Kindes zu den Pflegeeltern, nicht aber die Bindungen des Kindes zu den sonstigen Mitgliedern der Pflegefamilie oder gar zum gesamten dortigen Umfeld eine Rolle spielen. Denn das Umgangsrecht gem. § 1685 II, F. 3 BGB n.F. bezweckt lediglich die Aufrechterhaltung der Kontakte zwischen dem Kind und den bisherigen Pflegeeltern, nicht jedoch die Aufrechterhaltung der Kontakte zwischen dem Kind und den übrigen, in §§ 1684, 1685 BGB n.F. nicht genannten Personen, zu denen das Kind bislang in einer engen Beziehung stand. Letztere Personen erhalten im übrigen auch durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz keine Umgangsrechte.

---

<sup>652</sup> BT-Drucksache 8/2788, S. 40

<sup>653</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 66

<sup>654</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 42

<sup>655</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 69

Obgleich keine festen zeitlichen Regeln gelten dürfen und Automatismen allgemein vermieden werden sollten, wächst die Wahrscheinlichkeit einer Entfremdung des Kindes von der leiblichen Familie mit zunehmender Dauer der Fremdplazierung.<sup>656</sup> Es müssen aber immer die konkreten Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden; beispielsweise kann trotz achtjährigen Aufenthalts in der Pflegefamilie wegen intensiver Kontakte zu den biologischen Eltern noch eine feste Bindung zu letzteren existieren.<sup>657</sup>

Meines Erachtens sollte sich die Rechtsprechung auch im Rahmen des § 1685 II, F. 3 BGB n.F. *am "kindlichen Zeitbegriff" orientieren*, der sich nach dem Inkrafttreten des Sorgerechtsreformgesetzes in der Rechtsprechung zunehmend durchgesetzt hatte; hiernach ist die Verwurzelung eines Kindes in der Pflegefamilie im Zeitablauf um so wahrscheinlicher, je jünger das Kind bei Beginn der Familienpflege bei den betreffenden Pflegepersonen war. Hieraus folgt, daß dem Kindesalter wesentliche Bedeutung zukommt.<sup>658</sup> In Anlehnung an die überwiegende Rechtsprechung zu § 1632 IV BGB dürfte bei Pflegeverhältnissen von mindestens zweijähriger Dauer ein Umgangsrecht der bisherigen Pflegeeltern nach der Rückkehr des Kindes in die Herkunftsfamilie zu bejahen sein, wobei in Einzelfällen auch schon eine kürzere Zeit als ausreichend anzusehen sein dürfte. Jedoch dürfte in Anlehnung an die Rechtsprechung zu § 1632 IV BGB nicht lediglich auf den Zeitfaktor abzustellen sein, sondern es müssen m.E. *auch sonstige Umstände*, wie eine drohende Kindeswohlgefährdung durch den bevorstehenden Abbruch des Kontakts des Kindes zu den Pflegeeltern, berücksichtigt werden.<sup>659</sup>

3. Allerdings besteht ein Umgangsrecht nur in den relativ engen Grenzen, in denen bislang dem nichtehelichen Vater gem. § 1711 BGB a.F. ein Umgangsrecht zuerkannt wurde, nämlich dann, wenn der Umgang dem *Kindeswohl* dient,<sup>660</sup> was von einem Gericht positiv festgestellt sein muß.<sup>661</sup> Dafür, daß der Umgang dem Kindeswohl förderlich ist, begründet § 1626 III 2 BGB n.F. nicht stets eine Vermutung. Vielmehr muß danach die Aufrechterhaltung bereits vorhandener Bindungen dem Kindeswohl dienen. § 1685 BGB n.F. ermöglicht es dem Gericht immer, das Kind vor unnötigen Belastungen durch konkurrierende Umgangsrechte zu schützen.<sup>662</sup>

4. Über die *Einräumung* eines Umgangsrechts wird ebenso wie beim Umgangsrecht

---

<sup>656</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 68

<sup>657</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 69

<sup>658</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 70

<sup>659</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 71

<sup>660</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 107

<sup>661</sup> Schwab/Wagenitz, S. 19

<sup>662</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 169

natürlicher Eltern gem. §§ 621 I Nr. 2, 621 a I 1 ZPO n.F. im Rahmen eines *FGG-Verfahrens* entschieden. Deshalb *reicht eine Anregung* an das zuständige Gericht aus, ein entsprechendes Umgangsrecht zu prüfen und zuzuerkennen. Die Anregung braucht nicht vom Inhaber des Umgangsrechts selbst zu stammen; sie kann z.B. auch von einem Elternteil herrühren, wenn der andere Elternteil Einwendungen gegen den Umgang des Kindes z.B. mit der ehemaligen Pflegemutter erhebt. Bei der Prüfung der Frage, ob der Umgang der früheren Pflegepersonen dem Kindeswohl dient, soll § 1626 III 2 BGB n.F. beachtet werden. Dies ist vor allem für die in § 1685 II BGB n.F. genannten Personen günstig, weil zwischen diesen und dem Kind aufgrund der erforderlichen länger dauernden "Familienpflege" gewöhnlich Bindungen bestehen, deren Aufrechterhaltung das Kindeswohl fördert.<sup>663</sup>

5. Das Umgangsrecht gem. § 1685 II, F. 3 BGB n.F. beinhaltet in ähnlicher Weise wie § 1632 IV BGB gem. §§ 1685 III, 1684 II BGB n.F. einen *Duldungsanspruch* gegen denjenigen, in dessen Obhut sich das Kind befindet.<sup>664</sup> Bei besonderen Umständen ist der Duldungspflichtige darüber hinaus, ähnlich wie im Rahmen des § 1632 IV BGB, zur Beseitigung von Hindernissen oder zur Bekanntgabe des Aufenthaltsorts bzw. der Person, bei der das Kind sich aufhält, verpflichtet.<sup>665</sup> Das Umgangsrecht ist primär durch Zugang der bisherigen Pflegeeltern zu dem Kind auszuüben.<sup>666</sup>

6. An der Formulierung des § 1684 II BGB n.F. erkennt man, daß die durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz neu eingeführten Umgangsrechte (hierzu zählen neben dem Umgangsrecht für frühere Pflegeeltern auch die Umgangsrechte für Geschwister, Großeltern und Stiefelternteile) in ihrer inhaltlichen Ausgestaltung dem bereits zuvor bestehenden Umgangsrecht für nicht sorgeberechtigte geschiedene und getrenntlebende Elternteile nach § 1634 BGB a.F. nachgebildet sind. Ebensowenig wie das Umgangsrecht nach § 1634 BGB a.F. hängt das Umgangsrecht ehemaliger Pflegeeltern gem. § 1685 II, F. 3 BGB von einem *Mindestalter* des Kindes ab.<sup>667</sup>

7. In einer Hinsicht reicht das Umgangsrecht ehemaliger Pflegepersonen jedoch weniger weit als das Umgangsrecht von Elternteilen: Anders als Elternteile besitzen ehemalige Pflegepersonen - ebenso wie Geschwister, Großeltern und Stiefelternteile - *keinen Auskunftsanspruch* über die persönlichen Verhältnisse des Kindes gegen diejenigen Personen, in deren Obhut sich das Kind nunmehr befindet. Denn § 1685 III BGB n.F.

---

<sup>663</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 107

<sup>664</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 8

<sup>665</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 8

<sup>666</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 154

<sup>667</sup> Palandt-Diederichsen, § 1684, 9; OLG Celle, FamRZ 1990, 1026; OLG Hamm, FamRZ 1994, 507; OLG Stuttgart, NJW 1981, 404



verweist lediglich auf § 1684 II - IV BGB n.F., nicht dagegen auf § 1686 BGB n.F., der nunmehr anstelle des aufgehobenen § 1634 III BGB a.F. einen Auskunftsanspruch eines Elternteils über die persönlichen Verhältnisse des Kindes gegen den jeweils anderen Elternteil normiert. Für eine analoge Anwendung des § 1686 BGB n.F. besteht mangels einer Regelungslücke kein Raum.

Die *Ungleichbehandlung* von ehemaligen Pflegeeltern, Geschwistern, Großeltern und Stiefelternteilen auf der einen Seite und den natürlichen Elternteilen auf der anderen Seite ist m.E. im Licht von Art. 3 I GG gerechtfertigt. Denn während die Umgangsrechte für den erstgenannten Personenkreis lediglich der Befriedigung von Kontaktbedürfnissen seitens des Kindes dienen, muß es Elternteilen ermöglicht werden, ihrer elterlichen Verantwortung für das Kind gerecht zu werden.

8. Als *mögliche Anspruchsgegner* kommen zum einen gem. §§ 1685 III, 1684 II 1 BGB n.F. die natürlichen Eltern des Kindes oder dessen Adoptiveltern in Betracht, die gem. § 1754 BGB die Rechtsstellung natürlicher Eltern besitzen. Zum anderen kommen als mögliche Anspruchsgegner gem. §§ 1685 III, 1684 II 2 BGB n.F. alle diejenigen sonstigen Personen in Betracht, in deren Obhut sich das Kind zum betreffenden Zeitpunkt befindet. Bei diesen Personen kann es sich einerseits um Erzieher in Heimen und anderen betreuten Wohnformen handeln, andererseits aber auch um nachfolgende Pflegepersonen im Fall eines Wechsels der Pflegestelle. Somit ist es denkbar, daß im Rahmen des § 1685 II, F. 3 BGB *Pflegeeltern* - seien es *gegenwärtige oder frühere* - *sowohl Anspruchsinhaber als auch Anspruchsgegner* sein können.

9. Dem Umgangsrecht der früheren Pflegeeltern steht nicht entgegen, daß sich das Kind nunmehr in *Adoptionspflege* (§ 1744 BGB) befindet und die leiblichen Eltern ihr Umgangsrecht gem. § 1751 I 1, HS 2 BGB nicht mehr ausüben dürfen, weil diese entweder gem. § 1747 BGB bereits wirksam in die Annahme eingewilligt haben oder deren Einwilligung gem. § 1748 BGB wirksam ersetzt wurde.<sup>668</sup> Dies läßt sich wie folgt begründen: § 1751 I 1, HS 2 BGB beruht auf der Überlegung, daß der betreffende Elternteil zusätzlich zu dem Ruhen der elterlichen Sorge gem. § 1751 I 1, HS 1 BGB in Ausnahme zu § 1634 I BGB a.F. bzw. § 1684 I BGB n.F. auch keinen persönlichen Umgang mit dem Kind haben soll, weil die Adoption gem. § 1755 I BGB auf das Erlöschen des Eltern-Kind-Verhältnisses abzielt.<sup>669</sup> Diese Überlegung trifft auf ehemalige Pflegeeltern nicht zu, da zwischen diesen und dem Kind ohnehin kein Eltern-Kind-Verhältnis besteht, das es zu lösen gilt. Ferner verweist § 1685 III BGB n.F. nur auf § 1684 II - IV BGB n.F., nicht dagegen auf § 1751 I 1, HS 2 BGB. Für eine analoge Anwendung

---

<sup>668</sup> Palandt-Diederichsen, § 1751, 1

<sup>669</sup> Palandt-Diederichsen, § 1751, 2

des § 1751 I 1, HS 2 BGB besteht mangels einer Regelungslücke kein Raum.

10. Der 5. Titel des 2. Abschnitts des 4. Buches des BGB, der die Dreiecksbeziehung zwischen Kind, Eltern und Dritten regelt, umfaßt die §§ 1626 - 1698 b und trägt die Überschrift "Elterliche Sorge". Die elterliche Sorge umfaßt die Personensorge und die Vermögenssorge (§ 1626 I 2 BGB n.F.). Die Personensorge umfaßt die Vertretung des minderjährigen Kindes (§ 1629 I 1 BGB), das Aufenthaltsbestimmungsrecht (§ 1631 I BGB), den Anspruch auf Kindesherausgabe (§ 1632 I BGB) und das Umgangsbestimmungsrecht (§ 1632 II BGB). § 1626 III BGB n.F. geht vom Prinzip des persönlichen Kontakts des Kindes mit den Eltern und anderen Personen aus. Die §§ 1685, 1684 BGB n.F. konkretisieren dieses Prinzip, regeln den Umgang anderer Personen und schränken damit das Umgangsbestimmungsrecht (§ 1632 II BGB) als Teil der Personensorge (§ 1626 I BGB n.F.) ein.<sup>670</sup> Gem. § 1633 BGB beschränkt sich die Personensorge für einen Minderjährigen, der verheiratet ist, auf die Vertretung in persönlichen Angelegenheiten; das Umgangsbestimmungsrecht der Eltern entfällt. Daher kann das minderjährige Pflegekind aufgrund des § 1633 BGB ab dem Zeitpunkt der Eheschließung vollumfänglich selbst bestimmen, mit wem es Umgang pflegen will. Den früheren Pflegeeltern steht somit in gleicher Weise wie den leiblichen Eltern<sup>671</sup> kein Recht auf persönlichen Umgang mit dem Kind mehr zu, sobald das Kind verheiratet ist. Eine spätere Auflösung der Ehe, sei es durch Tod des anderen Ehegatten, durch Scheidung oder Aufhebung, ändert nichts an dem durch die Eheschließung eingetretenen Rechtszustand.<sup>672</sup> Denn § 1633 BGB spricht von der Personensorge "für einen Minderjährigen, der verheiratet ist *oder war*".

11. Ein bloßes *Verlöbnis* seitens des Kindes bringt dagegen nach keiner Ansicht das Umgangsrecht der ehemaligen Pflegeeltern zum Erlöschen. Denn durch ein Verlöbnis wird lediglich das Recht, den Umgang des Kindes mit *Dritten* zu bestimmen, das gem. § 1632 II BGB allein dem Inhaber des Personensorgerechts zusteht, hinsichtlich der Person des Verlobten eingeschränkt.<sup>673</sup> Der Inhaber des Personensorgerechts besitzt nicht die Befugnis, dem Kind jeglichen Umgang mit seinem bzw. seiner Verlobten zu verbieten, da dies dem Sinn und Zweck des Verlöbnisses, ein weiteres Kennenlernen der Verlobten und eine Vorbereitung auf die angestrebte Heirat zu ermöglichen, widersprechen würde.<sup>674</sup> Die Ausübung des eigenen Umgangsrechts der Pflegeeltern steht hingegen einer Intensivierung des Kontakts des Kindes mit seinem bzw. seiner Verlobten nicht entgegen. Daher läßt das bloße Verlöbnis seitens des Kindes das Umgangsrecht der ehemaligen Pflegeeltern unberührt.

<sup>670</sup>Schwab, S. 258; Palandt-Diederichsen, § 1626, 15 - 16

<sup>671</sup>Erman-Michalski, § 1633, 2; Palandt-Diederichsen, § 1633, 1 u. 2

<sup>672</sup>Erman-Michalski, § 1633, 4

<sup>673</sup>LG Hamburg, FamRZ, 1981, 309, 310

<sup>674</sup>LG Hamburg, FamRZ 1981, 309, 310; LG Saarbrücken, NJW 1970, 327 ff. = FamRZ 1970, 319 ff

12. Als höchstpersönliches, unverzichtbares Recht kann das Umgangsrecht auch der Ausübung nach niemandem überlassen werden.<sup>675</sup> Als die Personensorge wechselseitig begrenzendes Recht<sup>676</sup> kann das Umgangsrecht gem. §§ 1626, 2 BGB kraft Gesetzes nur bis zum Eintritt der Volljährigkeit des Kindes oder bis zum Tod des Berechtigten oder des Kindes bestehen. Gem. §§ 1685 III 1, 1684 III 1 BGB n.F. können der Umfang und die Ausübung des Umgangsrechts, auch gegenüber Dritten, durch gerichtliche Anordnung näher geregelt werden. § 1684 III 1 BGB n.F., auf den § 1685 III BGB n.F. verweist, ist § 1634 II 1 BGB a.F. nachgebildet, was bedeutet, daß die bisher nur für nicht sorgeberechtigte geschiedene und getrenntlebende Elternteile auch auf ehemalige Pflegeeltern, sowie auf Geschwister, Großeltern, Stiefelternteile und sonstige nicht in häuslicher Gemeinschaft mit dem Kind lebende Elternteile ausgedehnt wurde.

Daher ist m.E. die zu § 1634 II 1 BGB a.F. ergangene Rechtsprechung weiterhin verwertbar und auf die durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz neu geschaffenen Umgangsrechte wie das Umgangsrecht ehemaliger Pflegeeltern übertragbar. Lediglich hinsichtlich der Person desjenigen, der gem. § 1632 II BGB berechtigt ist, während des Umgangs des Kindes mit dem betreffenden Umgangsberechtigten, z.B. bei mehrtägigen Besuchen und gemeinsamen Ferienaufenthalten, den Umgang des Kindes mit Dritten zu bestimmen, gibt es anders als nach § 1634 II 1, HS 2 BGB a.F. keinen gesetzlichen Regelfall für die Zeit des Umgangs mehr. Daher gilt, falls eine gerichtliche Regelung hinsichtlich der Ausübung des Umgangsbestimmungsrechts Dritten gegenüber während des Umgangs fehlt, die gesetzlichen Regel des § 1632 II BGB, wonach dem Inhaber des Personensorgerechts das Umgangsbestimmungsrecht Dritten gegenüber zusteht.

13. Hinsichtlich der *Häufigkeit des Umgangs* verzichtete der Gesetzgeber bewußt auf eine Richtlinie.<sup>677</sup> In der Praxis empfiehlt sich regelmäßig ein periodischer Umgang von jeweils kurzer Dauer anstelle von längeren zusammenhängenden Aufenthalten.<sup>678</sup>

Durch die gerichtliche Regelung der Ausübung des Umgangsrechts kann zusätzlich zur Häufigkeit und *Dauer des Umgangs* beispielsweise geregelt werden, an welchem *Ort* der Umgang stattzufinden hat<sup>679</sup> oder *wer das Kind zu holen und zu bringen hat*.<sup>680</sup>

14. Der gem. §§ 1685 III, 1684 II BGB n.F. Duldungspflichtige darf die *Anwesenheit*

---

<sup>675</sup> Palandt-Heinrichs, § 413, 3

<sup>676</sup> Palandt-Diederichsen, § 1684, 7; BGH, NJW 1969, 422

<sup>677</sup> Palandt-Diederichsen, § 1684, 28; BT-Drucksache 8/2788, S. 55

<sup>678</sup> Palandt-Diederichsen, § 1684, 28

<sup>679</sup> Palandt-Diederichsen, § 1684, 31

<sup>680</sup> Palandt-Diederichsen, § 1684, 32

*Dritter*, z.B. der leiblichen Kinder oder der Eltern der ehemaligen Pflegeeltern, während der Dauer des persönlichen Umgangs nicht untersagen; denn das Kindeswohl gebietet regelmäßig nicht, daß vor der Ankunft des Kindes beispielsweise der neue Lebensgefährte der früheren Pflegeperson entfernt wird.<sup>681</sup> Umgekehrt ist der *Inhaber des Personensorgerechts* im Interesse eines unbefangenen Zusammenseins des Kindes mit seinen früheren Pflegeeltern *nicht berechtigt, bei dem Besuch* der ehemaligen Pflegeeltern *anwesend zu sein*.<sup>682</sup> Gem. §§ 1685 III, 1684 III 1 BGB n.F. darf das *Familiengericht* die Beteiligten durch Anordnungen zur *Erfüllung* ihrer Pflicht gem. §§ 1685 III, 1684 II 2 BGB n.F. *anhalten*, wobei § 1684 III 1 BGB n.F. dem § 1634 II 1, HS 1 BGB a.F. entspricht. Die gesetzliche Regelung erfolgte, weil teilweise beklagt worden war, daß eine Verletzung dieser Pflicht bisher lediglich durch Maßnahmen nach § 1666 BGB sanktioniert werden konnte.<sup>683</sup> Hier sollte die Kindschaftsrechtsreform Abhilfe schaffen. Daß dies notwendig war, zeigt folgender Fall: Eine Mutter, die ihr Kind gewöhnlich um 21.00 Uhr ins Bett bringt, läßt es am Tag vor dem geplanten Zusammentreffen mit den ehemaligen Pflegeeltern bis tief in die Nacht wach bleiben, so daß das Kind während der Zeit des Umgangs übermüdet ist; in einem solchen Fall darf das Gericht die Mutter anweisen, das Kind zu einem bestimmten Zeitpunkt ins Bett zu schicken.<sup>684</sup>

Gem. §§ 1685 III, 1684 IV 1 BGB n.F. kann das *Umgangsrecht* durch gerichtliche Entscheidung *eingeschränkt oder ausgeschlossen* werden, falls das Kindeswohl dies erfordert.<sup>685</sup> Es fragt sich jedoch, ob für die §§ 1685 III, 1684 IV BGB n.F. überhaupt ein Anwendungsbereich bleibt, weil ehemaligen Pflegeeltern gem. § 1685 I und II, F. 3 BGB n.F. ein Umgangsrecht ohnehin nur dann zusteht, *wenn* der Umgang dem Kindeswohl dient, was von einem Gericht positiv festgestellt sein muß. Das Wort "wenn" statt "soweit" in Satz 2 deutet jedoch m.E. darauf hin, daß der Gesetzgeber im Rahmen des Umgangsrechts früherer Pflegepersonen - ob bewußt oder unbewußt sei dahingestellt - offenbar von einem "Alles-oder-Nichts-Prinzip" ausgeht. Dies bedeutet wohl, daß sobald den betreffenden nichtelterlichen Bezugspersonen durch gerichtliche Entscheidung ein Umgangsrecht eingeräumt wurde, dieses bis zu einer gerichtlichen Entscheidung gem. §§ 1685 III, 1684 IV BGB n.F. uneingeschränkt fortbesteht.

Zugleich kann das Umgangsrecht gem. §§ 1685 III, 1684 IV 1 BGB n.F. aus Gründen der Verfahrensökonomie bereits in der gerichtlichen Entscheidung über das Umgangsrecht eingeschränkt werden. Daher bleibt sehr wohl ein Anwendungsbereich für die §§ 1685 III, 1684 IV BGB n.F.

<sup>681</sup> Palandt-Diederichsen, § 1684, 35; BGHZ 51, 224; OLG Hamm, FamRZ 1982, 93

<sup>682</sup> Palandt-Diederichsen, § 1684, 50

<sup>683</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 105

<sup>684</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 105/106

<sup>685</sup> Knittel, ZfJ 1997, 359

Da § 1684 IV 1 BGB n.F., auf den § 1685 III BGB n.F. verweist, dem § 1634 II 2 BGB a.F. nachgebildet ist, ist m.E. die zu § 1634 II 2 BGB a.F. ergangene Rechtsprechung ebenfalls weiterhin verwertbar und auf die durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz neu geschaffenen Umgangsrechte wie das Umgangsrecht früherer Pflegeeltern übertragbar.

Eine Entscheidung, die das Umgangsrecht oder seinen Vollzug für längere Zeit oder dauerhaft einschränkt oder ausschließt, darf gem. §§ 1685 III, 1684 IV 2 BGB n.F. nur ergehen, falls ansonsten das Kindeswohl gefährdet wäre.<sup>686</sup> Als mögliche Einschränkung des Umgangsrechts kann durch gerichtliche Entscheidung gem. §§ 1685 III, 1684 IV 3 BGB n.F. angeordnet werden, daß der Umgang lediglich *in Anwesenheit eines* mitwirkungsbereiten *Dritten* stattfinden darf, wobei Dritter auch ein Träger der Jugendhilfe oder ein Verein sein kann (§§ 1685 III, 1684 IV 4 BGB n.F.).

Nach den Normzweck kommt es m.E. nicht auf die Rechtsfähigkeit des Vereins an, so daß auch ein nicht-rechtsfähiger Verein als Dritter i.S.v. § 1684 IV 4 BGB n.F. in Betracht kommt. Denn Rechtsprechung und Lehre sind mit unterschiedlichen Begründungen dazu übergegangen, im Licht des Art. 9 GG die §§ 21 ff. BGB auf den nicht-rechtsfähigen Verein anzuwenden und damit im Ergebnis rechtsfähige und nicht-rechtsfähige Vereine gleichzubehandeln;<sup>687</sup> hierfür spricht insbesondere der Aspekt der verfassungskonformen Auslegung.

Ebenso wie die Mitwirkung natürlicher Personen erfolgt die *Mitwirkung* von *Vereinen und Jugendhilfeträgern* stets freiwillig. Dem entspricht auch die Regelung in § 18 III 4 SGB VIII/KJHG n.F., wonach das Jugendamt unter anderem bei der Ausführung gerichtlicher Umgangsregelungen in geeigneten Fällen Hilfestellung leisten *soll*. In jedem Fall entscheidet der Verein oder Jugendhilfeträger selbst, welche Einzelperson mit der Aufgabe betraut wird; auch die Teilnahme eines bestimmten Jugendamtsmitarbeiters darf vom Gericht nicht verbindlich angeordnet werden.<sup>688</sup>

Dem *beschützten Umgang* i.S.d. §§ 1685 III, 1684 IV 3 und 4 BGB n.F. ist als milderem Mittel gegenüber dem Ausschluß des Umgangsrechts im Licht der Verhältnismäßigkeit grundsätzlich der Vorzug zu geben.<sup>689</sup> Die Anordnung eines beschützten Umgangs kommt z.B. bei einem unbewiesenen, jedoch nicht fernliegenden Verdacht des sexuellen Mißbrauchs durch den Inhaber des Umgangsrechts oder bei der Gefahr einer Kindesentziehung durch diesen in Betracht, denn in derartigen Fällen läßt sich bisweilen eine für

---

<sup>686</sup>Knittel, ZfJ 1997, 359

<sup>687</sup>Palandt-Heinrichs, § 54, 1

<sup>688</sup>Knittel, ZfJ 1997, 359

<sup>689</sup>Schwab/Wagenitz, S. 19

die Beteiligten annehmbare Lösung dadurch finden, daß der Umgang lediglich in Anwesenheit eines Dritten stattfinden darf. Die Möglichkeit eines derartigen beschützten Umgangs wurde ausdrücklich in § 1684 IV BGB n.F. aufgenommen, um zu verdeutlichen, daß ein völliger Ausschluß des Umgangs nur als letztes Mittel (*ultima ratio*) in Betracht kommt, wenn ein beschützter Umgang nicht genügt, um das Kindeswohl sicherzustellen.<sup>690</sup>

Als mögliche *Gründe* für die zum Schutz des Kindeswohls erforderliche *Einschränkung und den Ausschluß des Umgangsrechts* gem. §§ 1685 III, 1684 IV 1 BGB n.F. sind beispielsweise denkbar: eine mangelnde Beachtung des Erziehungsrechts der leiblichen Eltern bzw. derjenigen Personen, in deren Obhut sich das Kind nunmehr befindet, durch die ehemaligen Pflegeeltern,<sup>691</sup> ein tiefgreifendes Zerwürfnis zwischen ersteren und letzteren,<sup>692</sup> bei älteren Kindern auch ein entgegenstehender, nicht aufgesetzter Wille.<sup>693</sup> Des weiteren kommen als mögliche Einschränkungs- und Ausschlußgründe in Betracht: die bloße Benutzung des Umgangsrechts zur Entfremdung des Kindes von dem oder den Sorgeberechtigten oder zur Herauslösung aus der Familie, in der es jetzt lebt,<sup>694</sup> die drohende Verhetzung des Kindes gegen den Sorgeberechtigten,<sup>695</sup> die Ausnutzung des Umgangsrechts zu Auseinandersetzungen mit demjenigen, in dessen Obhut sich das Kind nunmehr befindet.<sup>696</sup> Die im Rahmen der §§ 1685 III, 1684 IV BGB n.F. zu berücksichtigenden Gefährdungen des Kindeswohls können auch aus der Belastung des Kindes durch konkurrierende Umgangsrechte von Geschwistern, Großeltern und Stiefeltern teilen herrühren.<sup>697</sup> Ferner kann das Umgangsrecht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden, um zu vermeiden, daß sich das Kind bei den kranken früheren Pflegeeltern ansteckt<sup>698</sup> oder sonst gefährdet wird, beispielsweise durch eine extreme religiöse oder politische Einstellung der ehemaligen Pflegeeltern.

Dagegen rechtfertigen negative Eigenschaften der ehemaligen Pflegeeltern, *allein* etwa die Tatsache, daß die ehemalige Pflegemutter der Prostitution nachgeht<sup>699</sup> oder der ehemalige Pflegevater pädophil ist,<sup>700</sup> regelmäßig keinen Ausschluß des Umgangsrechts gem. §§ 1685 III, 1684 IV 1 u. 2 BGB n.F. Erforderlichenfalls kann angeordnet werden, daß der Umgang gem. §§ 1685 III, 1684 IV 3 BGB n.F. nur unter der Aufsicht eines

---

<sup>690</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 106

<sup>691</sup> BayObLG, DAV 1982, 359, 363 ff. u. 1982, 600, 602 ff.

<sup>692</sup> BayObLG, DAV 1983, 377, 380 ff. u. ZfJ 1984, 361, 362, 363 ff.

<sup>693</sup> Staudinger-Coester, § 1666, 109

<sup>694</sup> OLG Stuttgart, NJW 1978, 1593; OLG Bamberg, FamRZ 1993, 726

<sup>695</sup> OLG Schleswig, SchlHA 1957, 101

<sup>696</sup> Palandt-Diederichsen, § 1684 a.F., 53; OLG Stuttgart, NJW 1979, 1168

<sup>697</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 154

<sup>698</sup> Palandt-Diederichsen, § 1684 a.F., 33; KGJ 53, 30

<sup>699</sup> OLG Braunschweig, MDR 1962, 132

<sup>700</sup> OLG Hamm, FamRZ 1993, 1233

mitwirkungsbereiten Dritten stattfinden darf.<sup>701</sup>

15. Das *Kindschaftsrechtsreformgesetz* wirkt sich des weiteren wie folgt auf das Umgangsrecht *früherer* Pflegeeltern aus:

#### 15.1 in verfahrensrechtlicher Hinsicht

- Frühere Pflegeeltern erhalten nunmehr *kraft Gesetzes* ein Umgangsrecht, d.h. es bedarf keiner gerichtlichen Anordnung im Rahmen eines Verfahrens nach § 1632 IV BGB mehr. Allerdings muß immer noch von einem Gericht gem. § 1685 I u. II, F. 3 BGB n.F. positiv festgestellt werden, daß der Umgang dem Kindeswohl dient.
- Gem. §§ 1685 III, 1684 IV 4 BGB n.F. kann ein beim beschützten Umgang mitwirkungsbereiter Dritter auch ein Verein oder ein Träger der Jugendhilfe sein.<sup>702</sup>
- Durch die Kindschaftsrechtsreform werden die *Rechtsschutzmöglichkeiten* ehemaliger Pflegeeltern in bezug auf deren Umgangsrecht erweitert. Zwar besaßen Pflegepersonen schon bislang gegen die Ablehnung von Maßnahmen gem. § 1666 BGB, d.h. auch gegen die Ablehnung eines - wie dargelegt - auf § 1666 BGB gestützten Umgangsrechts eine Beschwerdebefugnis gem. § 57 I Nr. 9 FGg.<sup>703</sup> Doch können nunmehr *frühere* Pflegepersonen im Fall einer gerichtlichen Entscheidung, die ihr gesetzliches Umgangsrecht gem. §§ 1685 III, 1684 IV BGB n.F. ausschließt oder beschränkt, gem. § 621 e I ZPO n.F. i.V.m. § 621 I, Nr. 2 ZPO n.F. Beschwerde einlegen, da ihr Umgangsrecht gem. § 1685 II, F. 3 BGB n.F. als ihr eigenes subjektives materielles Recht i.S.v. § 20 I FGg durch die Verfügung beeinträchtigt ist.<sup>704</sup>

In gleicher Weise wie durch eine gerichtliche Entscheidung, die ihr gesetzliches Umgangsrecht ausschließt oder beschränkt, werden ehemalige Pflegepersonen auch durch eine gerichtliche Entscheidung, mit der die Verhängung von Zwangsmitteln nach § 33 FGg abgelehnt wird, in ihrem Umgangsrecht als ihrem eigenen subjektiven materiellen Recht i.S.v. § 20 I FGg beeinträchtigt. Die *Ablehnung* der Verhängung von *Zwangsmitteln* nach § 33 FGg stellt eine beschwerdefähige *Endentscheidung* i.S.v. § 621 e I ZPO n.F. dar, weil sie eine Instanz beendet.<sup>705</sup>

Die Ablehnung der Verhängung von Zwangsmitteln nach § 33 FGg ist generell mit der Beschwerde nach § 621 e I ZPO n.F. anfechtbar.<sup>706</sup> Daher können frühere Pflegeeltern jetzt

<sup>701</sup> Palandt-Diederichsen, § 1684, 50; OLG Hamburg, FamRZ 1996, 422

<sup>702</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 106

<sup>703</sup> Keidel/Kuntze/Winkler-Kuntze, § 57, 38 Fn. 177; BayObLG, FamRZ 1976, 163; 1977, 474; 1984, 817

<sup>704</sup> Knöringer, FGg, S. 37

<sup>705</sup> Knöringer, FGg, S. 34

<sup>706</sup> Bumiller-Winkler, § 33, 7

auch gegen die Ablehnung der Verhängung von Zwangsmitteln in bezug auf ihr Umgangsrecht Beschwerde einlegen. - Die Konstellation ist vergleichbar mit der Verweigerung der Akteneinsicht nach § 34 FGG.<sup>707</sup>

*Bis zur Kindschaftsrechtsreform* fehlte ehemaligen Pflegepersonen die Beschwerdebefugnis gegen die Ablehnung der Verhängung von Zwangsmitteln in Bezug auf ihr Umgangsrecht, soweit die leiblichen Eltern aufgrund einer gerichtlichen Anordnung verpflichtet waren, dem Kind den Umgang mit den früheren Pflegeeltern zu gestatten. Denn die ehemaligen Pflegepersonen konnten ihre Beschwerdebefugnis weder auf § 20 I FGG noch auf § 57 I Nr. 9 FGG stützen, wonach gegen eine Verfügung, die eine Entscheidung über eine die Sorge für die Person des Kindes betreffende Angelegenheit enthält, jeder beschwerdebefugt ist, der ein berechtigtes Interesse hat, diese Angelegenheit wahrzunehmen. § 20 I FGG war nicht einschlägig, da kein eigenes subjektives materielles Recht der ehemaligen Pflegeeltern durch die Verfügung beeinträchtigt war, denn aufgrund von § 1666 BGB durften lediglich die *natürlichen Eltern verpflichtet* werden, den bisherigen Pflegepersonen ein Umgangsrecht einzuräumen; letztere besaßen nicht etwa kraft Gesetzes ein Umgangsrecht.

Auch § 57 I Nr. 9 FGG schied aus, da die Rechtsprechung nur für *gegenwärtige* Pflegeeltern eine auf § 57 I Nr. 9 FGG beruhende Beschwerdebefugnis bejahte,<sup>708</sup> *nicht* dagegen für *frühere* Pflegeeltern. Diese besaßen als Dritte aufgrund einer bloßen Beziehung zu dem für sie fremden Kind, die zu einer Anteilnahme an seinem Schicksal und zu gegenseitiger Zuneigung geführt hat, kein berechtigtes Interesse i.S.v. § 57 I Nr. 9 FGG.<sup>709</sup>

- Durch § 1684 IV 1 BGB n.F., der im übrigen weitgehend dem § 1634 II 2 BGB a.F. entspricht, wurde die Möglichkeit, auch den *Vollzug von Entscheidungen* in bezug auf das Umgangsrecht einzuschränken oder auszuschließen, *neu* eingeführt. Dem Vorschlag der Arbeitsgruppe "Nichtehelichenrecht" und des 59. DJT 1992, die zwangsweise Durchsetzung von Umgangsentscheidungen gänzlich abzuschaffen, wurde nicht entsprochen.<sup>710</sup>

Dies hat folgende Gründe:

Das BVerfG führte in seiner Entscheidung vom 18.02.1993<sup>711</sup> aus, daß der Grundrechtsschutz auch durch die Gestaltung des Verfahrens zu gewährleisten sei. Das gerichtliche Verfahren müsse so ausgestaltet werden, daß es zur wirkungsvollen Durchsetzung der materiellen Grundrechtsposition in der Lage ist. Dem würde eine gänzliche Abschaffung der

---

<sup>707</sup>Knöringer, FGG, S. 34

<sup>708</sup>Keidel/Kuntze/Winkler-Kuntze, § 57, 38, Fn. 177

<sup>709</sup>Keidel/Kuntze/Winkler-Kuntze, § 57, 39 Fn. 198; KG, FamRZ 1974, 466

<sup>710</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 106

<sup>711</sup>BVerfG. NJW 1993, 2671



Vollziehbarkeit von Umgangsentscheidungen zuwiderlaufen.<sup>712</sup>

Ferner gebietet auch Art. 8 EMRK eine effektive Durchsetzung von Umgangsentscheidungen, wobei der EGMR allerdings bislang offengelassen hat, ob eine wirksame Durchsetzung von Umgangsentscheidungen erforderlichenfalls auch die Anwendung von Zwangsmitteln einschließen muß.<sup>713</sup>

Demgegenüber ermöglichte § 1634 II 2 BGB a.F. nur eine Einschränkung oder einen Ausschluß des Umgangsrechts selbst, nicht jedoch eine Einschränkung oder einen Ausschluß des *Vollzugs* einer Entscheidung in bezug auf das Umgangsrecht. Dies war unbefriedigend in denjenigen Fällen, in denen es hauptsächlich am Verhalten der sorgeberechtigten Eltern bzw. des sorgeberechtigten Elternteils lag, daß der Umgang dem Kind schadete.<sup>714</sup> Ein Sorgerechtsentzug kam in derartigen Fällen bereits wegen der tatsächlichen Gegebenheiten häufig nicht in Betracht. In einem solchen Fall das Umgangsrecht per se auszuschließen bedeutete falsche Signale zu setzen. Dies galt vor allem in den häufiger vorkommenden Fällen, in denen der Inhaber des Umgangsrechts eine gerichtliche Entscheidung vollstrecken ließ und das Gericht die Überprüfung des Sachverhalts zum Anlaß für den - meist allerdings nur zeitweiligen - Ausschluß des Umgangsrechts nahm. Dies wäre nach Ansicht des Gesetzgebers das falsche Signal für die sorgeberechtigten Eltern bzw. den sorgeberechtigten Elternteil, daß sie bzw. er für ihr bzw. sein Verhalten mit einem unbeschränkten, mit keinem Umgangsrecht "belasteten" Sorgerecht "belohnt" würden bzw. würde. Würde nur der Vollzug ausgesetzt, so wäre den Sorgeberechtigten bewußt, daß sie allein im Interesse des Kindes "geschont" werden und das Umgangsrecht der früheren Pflegeeltern fortbesteht.

Es bleibt allerdings m.E. abzuwarten, ob die Absichten des Gesetzgebers in der Praxis die erhoffte Wirkung zeigen werden.

## 15.2 in materiell-rechtlicher Hinsicht

Ehemalige Pflegeeltern haben nunmehr bei einer Verletzung ihres Umgangsrechts durch die gem. §§ 1685 III, 1684 II BGB n.F. Duldungspflichtigen einen *Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB* gegen diese wegen der Verletzung eines "sonstigen" Rechts i.S.v. § 823 I BGB. Denn auch ein dem Geschädigten kraft Gesetzes zustehendes Umgangsrecht ist ein das Personensorgerecht wechselseitig beschränkendes Recht<sup>715</sup> und daher, weil das

<sup>712</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 106

<sup>713</sup>Fahrenhorst, FamRZ 1996, 454, 465, Fn. 201; EGMR, Fall Hokkanen gegen Finnland, Urteil vom 23.09.1994, Serie A, Bd. 299-A

<sup>714</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 106

<sup>715</sup>Palandt-Diederichsen, § 1684, 7; BGH, NJW 1969, 422

Personensorgerecht seinerseits ein "sonstiges" Recht i.S.v. § 823 I BGB darstellt,<sup>716</sup> ein sonstiges Recht i.S.v. § 823 I BGB.

Von den gem. §§ 1685 III, 1684 II BGB n.F. Duldungspflichtigen kann das Umgangsrecht insbesondere dadurch verletzt werden, daß sie das Kind verstecken oder mit dem Kind in Urlaub fahren oder es zulassen, daß das Kind mit Dritten, z.B. Verwandten von ihnen, verreist, um so den Umgang mit den ehemaligen Pflegeeltern zu vereiteln. Der gem. §§ 249 ff. BGB zu ersetzende *Schaden* kann insbesondere im Ersatz nutzlos gewordener Aufwendungen,<sup>717</sup> beispielsweise vergeblich aufgewandter Fahrtkosten, und in der Entwertung von Gebrauchsmöglichkeiten,<sup>718</sup> beispielsweise einer von den ehemaligen Pflegeeltern für sich und das Kind gebuchten gemeinsamen Urlaubsreise liegen; wenn es für die früheren Pflegeeltern keinerlei Genuß wäre, die Reise allein anzutreten, kann ihnen dies auch nicht zugemutet werden. Im Rahmen ihrer *Schadensminderungspflicht* gem. § 254 II BGB müssen die ehemaligen Pflegepersonen jedoch ggf. eine gebuchte Urlaubsreise rechtzeitig stornieren.

## **II. Die Pflicht der Pflegeeltern zur Duldung des Umgangs des Kindes mit den natürlichen Eltern gem. § 1684 I und II 2 BGB n.F.**

1. Bereits bislang besaßen die leiblichen Eltern einen gesetzlich normierten Duldungsanspruch gegen die Pflegeeltern gem. § 1634 I 2 BGB a.F., wenn die leiblichen Eltern das Personensorgerecht verloren hatten und die Pflegeeltern zu Vormündern oder Pflegern bestellt waren. Denn § 1634 I 2 BGB a.F. war anwendbar, weil den natürlichen Eltern die Personensorge nicht zustand (Abs. I 1) und das Kind sich in der Obhut eines Vormunds oder Pflegers befand, der gem. § 1793 BGB bzw. gem. §§ 1915, 1793 BGB das Personensorgerecht hatte.

Für die Frage des Umgangsrechts kommt es nunmehr im Rahmen des § 1684 I BGB n.F. nicht mehr darauf an, wem das Sorgerecht zusteht. Denn der Sorgeberechtigte soll nicht vor die Alternative gestellt werden, entweder das Kind herauszuverlangen oder die Kontakte zum Kind abubrechen. Lediglich dann, wenn den biologischen Eltern das gesamte Sorgerecht unter Einschluß des Umgangsrechts gem. §§ 1666, 1666a, 1684 IV 1 und 2 (n.F.) BGB entzogen wurde, haben sie nach wie vor kein Recht zum Besuch des Kindes bei den Pflegeeltern. Ein Verlust des Sorgerechts allein hat dagegen noch nicht den Verlust des Umgangsrechts zur Folge. *Nunmehr besitzt auch ein sorgeberechtigter Elternteil ein*

---

<sup>716</sup> Palandt-Diederichsen, § 1684, 9

<sup>717</sup> Köhler, SchR I, Nr. 153, S. 236

<sup>718</sup> Köhler, SchR I, Nr. 153, S. 237

Umgangsrecht gegenüber Dritten, in deren Obhut sich das Kind befindet. Im Gegensatz zum Umgangsrecht nichtelterlicher Personen (§ 1685 BGB n.F.) besteht das Umgangsrecht der leiblichen Eltern kraft Gesetzes, ohne daß es einer gerichtlichen oder behördlichen Feststellung dahingehend bedarf, daß der Umgang dem Kindeswohl dient.

Des weiteren differenziert § 1684 I BGB n.F. nicht mehr zwischen ehelichen und nicht-ehelichen Kindern<sup>719</sup> im Sinn der bisherigen Terminologie, denn der Terminus "nicht-eheliches Kind" wurde durch die Kindschaftsrechtsreform abgeschafft.<sup>720</sup> Bislang besaß ein nicht-ehelicher Vater im Gegensatz zu § 1634 I BGB a.F. kein allgemeines Umgangsrecht.<sup>721</sup> Nunmehr besitzen alle biologischen Elternteile gem. § 1684 I BGB n.F. ein allgemeines Umgangsrecht, d.h. auch ein nicht mit der Mutter des Kindes verheirateter Vater.

Das Umgangsrecht setzt voraus, daß der Umgangsberechtigte im Rechtssinn als Elternteil gilt, das heißt, daß die Abstammungsregeln des BGB zugunsten desjenigen eingreifen, der das Recht beansprucht; er muß entweder Mutter oder Vater sein.

Als *Mutter* gilt dem. § 1591 BGB n.F. diejenige Frau, die das Kind geboren hat, mit der Folge, daß es nicht auf die genetische Mutterschaft ankommt. Die Kindschaftsrechtsreform führt erstmals eine Definition der Mutter in das BGB ein, weil seit alters her der Grundsatz "mater semper certa est" gegolten hatte, dem die moderne Fortpflanzungsmedizin ein Ende bereitere.<sup>722</sup> Im Fall der Adoption gilt die Annehmende als Mutter (§ 1754 BGB).

Wer *Vater* ist, bestimmt sich nach § 1592 BGB n.F. Hiernach gilt als Vater, wer im Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit der Kindsmutter verheiratet ist (Nr. 1) oder die Vaterschaft anerkannt hat (Nr. 2) oder dessen Vaterschaft gem. § 1600 d BGB n.F. gerichtlich festgestellt ist (Nr. 3). Einer Ehe mit der Kindsmutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes steht es gem. § 1593 S. 1 BGB n.F. gleich, daß die Ehe der Kindsmutter durch Tod aufgelöst wurde und das Kind binnen 300 Tagen nach dem Tod geboren wurde. Falls feststeht, daß das Kind mehr als 300 Tage vor seiner Geburt empfangen wurde, ist gem. § 1593 S. 2 BGB n.F. dieser Zeitraum maßgebend. Im Fall einer Wiederheirat der Mutter während des empfängnisrelevanten Zeitraums gilt das Kind gem. § 1593 S. 3 BGB n.F. lediglich als Kind des neuen Ehemanns. Wenn dieser die Vaterschaft erfolgreich anfechtet, gilt gem. § 1593 S. 4 BGB n.F. der frühere Ehemann als Vater. Die Vaterschaftsvermutung kann gem. §§ 1599 I, 1600 BGB n.F. durch gerichtliche Anfechtung entkräftet werden,

---

<sup>719</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 105

<sup>720</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 76

<sup>721</sup>Palandt-Diederichsen, § 1684, 2

<sup>722</sup>Schwab, S. 215; Lüderitz, S. 167, Fn. 6

wobei die Anfechtungsfrist gem. § 1600 b I 1 BGB n.F. zwei Jahre beträgt.

Die neuen Rechtsnormen über den Umgang (§§ 1684, 1685 BGB n.F.) verdeutlichen nunmehr im Gegensatz zu § 1634 BGB a.F., daß das *Kind* selbst das Recht hat, im Fall einer Trennung von seinen Eltern zu diesen regelmäßig persönliche und unmittelbare Kontakte i.S.v. Art. 9 III der UN-Kinderrechtskonvention zu pflegen, statt nur Objekt eines fremden Rechts zu sein.<sup>723</sup> Dem Anspruch des Kindes entspricht die elterliche Pflicht, den Umgang selbst zu pflegen.<sup>724</sup>

2. Ferner ersetzt die Kindschaftsrechtsreform den bisherigen Begriff "persönlicher Umgang" durch "Umgang". Denn bislang war umstritten, ob zum persönlichen Umgang auch Briefe und Telefonate gehören.<sup>725</sup> Die Erstreckung der Umgangsregelungen auch auf *Telefon- und Briefkontakt* ist vor allem dann sinnvoll, wenn der Inhaber des Umgangsrechts beispielsweise aufgrund einer großen räumlichen Entfernung oder aufgrund schwerer Krankheit zu persönlichen Kontakten gewöhnlich außerstande ist. Das Familiengericht soll auch in derartigen Fällen eine nähere Bestimmung der Kontakte treffen können, beispielsweise über die Zahl der Briefe oder über Anzahl, Dauer und Zeitpunkt der Telefonate. Eine derartige Regelung besitzt gegenüber der anderweitigen Möglichkeit, den sorgeberechtigten Elternteil, bei dem sich das Kind aufhält, zunächst über Brief- und Telefonkontakte entscheiden zu lassen und ihm im Fall einer das Kindeswohl gefährdenden Entscheidung insoweit die elterliche Sorge gem. §§ 1666, 1666 a BGB zu entziehen, den Vorteil einer größeren Flexibilität.

3.1 Den Umgang der biologischen Eltern mit dem Kind haben die Pflegeeltern gem. § 1684 II 2 BGB n.F. zu dulden, d.h. sie haben jede Beeinträchtigung (Störung) des Umgangs zu beseitigen, was einer Duldungspflicht gleichkommt. Aufgrund ihres Umgangsrechts (§ 1684 I, HS 2 BGB n.F.) haben die natürlichen Eltern grundsätzlich ein permanentes Zutrittsrecht zum Kind. Falls die natürlichen Eltern bei der Ausübung dieses Rechts die erforderliche Rücksichtnahme auf die Belange der Pflegefamilie vermissen lassen, kann dies zu Unzuträglichkeiten im Verhältnis Pflegeeltern - natürlichen Eltern führen, insbesondere dann, wenn die natürlichen Eltern ihr Kind zur Unzeit besuchen wollen.<sup>726</sup> Gegebenenfalls werden sich dann die Pflegeeltern an das Jugendamt wenden und im Rahmen des § 18 III 3 SGB VIII/KJHG n.F. um *Beratung* bitten. Verweigern umgekehrt die Pflegeeltern den biologischen Eltern den Zutritt zu ihrem Kind ohne triftigen Grund, darf das Jugendamt den Pflegeeltern im Rahmen der Erlaubniserteilung gem. § 44 II SGB

---

<sup>723</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 153

<sup>724</sup> Schwab-Wagenitz, S. 19

<sup>725</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 104/105

<sup>726</sup> Oberloskamp, S. 54

VIII/KJHG *Auflagen* machen. Beachten die Pflegeeltern die Auflagen nicht, wird ihnen das Jugendamt gem. § 44 III 2 SGB VIII/KJHG die *Pflegeerlaubnis entziehen*. Wenn zwischen den leiblichen Eltern und den Pflegeeltern Streit hinsichtlich der Ausübung des Umgangsrechts entsteht, steht eine *Schlichtung* durch das Jugendamt gem. § 37 I SGB VIII/KJHG zur Verfügung.<sup>727</sup>

3.2 Äußerstenfalls, d.h., wenn das Jugendamt bei der Schlichtung keine gütliche Einigung herbeiführen konnte, durfte bisher das Vormundschaftsgericht das *Sorgerecht* der biologischen Eltern gem. § 1666 BGB insoweit *einschränken*, wenn diese Zugang zu ihrem Kind in einer für die Pflegepersonen und das Kind unzumutbaren Weise begehrten. Problematisch war die Situation vor allem dann, wenn die natürlichen Eltern unter dem Vorwand, das Kind besuchen zu wollen, Zugang zur Wohnung der Pflegeperson begehrten, sich aber dann nur wenig um das Kind kümmerten und statt dessen persönliche Kontakte mit den Pflegepersonen suchten, die diesen jedoch unerwünscht waren. Mangels einer Kindeswohlgefährdung konnte bislang in derartigen Fällen über § 1666 BGB keine Abhilfe geschaffen werden.<sup>728</sup> Scheiterte ein Vermittlungsversuch des Jugendamts, konnten die Pflegeeltern den biologischen Eltern lediglich über ein auf die Unterlassung solcher Besuche analog § 1004 I 2 BGB gerichtetes prozeßgerichtliches Urteil das Haus verbieten.<sup>729</sup>

Lediglich in denjenigen Fällen, in denen die natürlichen Eltern kein oder bloß ein partielles Sorgerecht besaßen, die Pflegeeltern zu Vormündern oder Pflegern bestellt waren und Streit in bezug auf das Besuchsrecht entstand, konnte das Familiengericht gem. § 1634 II 1 BGB a.F. eine Regelung treffen, ohne daß das Kindeswohl i.S.v. § 1666 BGB gefährdet zu sein brauchte.<sup>730</sup> § 1634 BGB a.F. war einschlägig, denn den leiblichen Eltern stand die Personensorge nicht zu (Abs. I 1) und das Kind befand sich in der Obhut, d.h. in der tatsächlichen Betreuung<sup>731</sup> eines Vormunds oder Pflegers, der gem. § 1793 BGB bzw. gem. §§ 1915, 1793 BGB Personensorgeberechtigter war (Abs. I 2). Einschränken oder gar ausschließen durfte das Familiengericht die Befugnis der leiblichen Eltern, das Kind zu besuchen, gem. § 1634 II 2 BGB a.F. nur dann, wenn das Kindeswohl dies gebot. Ansonsten stand auch in derartigen Fällen der Klageweg vor dem ordentlichen Gericht gem. § 1004 BGB offen, was insbesondere dann der Fall war, wenn die Pflegeeltern Besuche seitens der leiblichen Eltern zur Unzeit verhindern wollten.

Gem. § 1684 III 1 BGB n.F. hat das Familiengericht nunmehr die Möglichkeit, über den

---

<sup>727</sup> Oberloskamp, S. 20

<sup>728</sup> Oberloskamp, S. 53/54

<sup>729</sup> Oberloskamp, S. 54

<sup>730</sup> Oberloskamp, S. 21

<sup>731</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 105

Umfang des Umgangsrechts zu entscheiden und seine Ausübung näher zu regeln, unabhängig davon, ob und inwiefern die natürlichen Eltern noch ein Sorgerecht besitzen und ob das Kindeswohl i.S.v. § 1666 BGB gefährdet ist.

Nach dem Inkrafttreten der Kindschaftsrechtsreform kann zwar eine *gerichtliche Einschränkung des Umgangsrechts* aus Gründen des Kindeswohls in jedem Fall auf den dem § 1634 II 2 BGB a.F. nachgebildeten § 1684 IV 1 BGB n.F. gestützt werden. Jedoch dürfen das Umgangsrecht oder der Vollzug früherer Entscheidungen gem. § 1684 IV 2 BGB nur dann für längere Zeit oder dauerhaft eingeschränkt werden, wenn ansonsten das Kindeswohl gefährdet wäre.

Allerdings stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, wo genau die Grenzen zwischen einer bloßen *Regelung* des Umgangsrechts i.S.v. § 1684 III 1 BGB n.F. und einer *Einschränkung* des Umgangsrechts i.S.v. § 1684 IV BGB n.F. verlaufen. Denn auch eine bloße Regelung des Umgangsrechts kann aus der Sicht des Umgangsberechtigten faktisch einer Einschränkung oder gar einem Ausschluß des Umgangsrechts gleichkommen. Man denke beispielsweise an eine Regelung des Umgangsrechts, die dem Umgangsberechtigten ein Umgangsrecht nur an einem bestimmten Wochentag einräumt, an dem dieser regelmäßig keine Zeit hat, oder an eine Regelung, die bestimmt, daß der Umgangsberechtigte sein Umgangsrecht lediglich in einer bestimmten Etagenwohnung ausüben darf, die dieser wegen einer Gehbehinderung nicht aufsuchen kann.

Diese Frage hat praktische Bedeutung, weil eine Einschränkung gem. § 1684 IV 1 BGB n.F. voraussetzt, daß das Kindeswohl sie erfordert, eine bloße Regelung i.S.v. § 1684 III 1 BGB n.F. hingegen nicht.

Da ein Außenstehender die Absichten eines anderen Menschen und somit auch die Intentionen des für die Entscheidung gem. § 14 I Nr. 16 RPflG n.F. zuständigen Richters nur ahnen kann, kommt es für die Frage, ob es sich um eine Regelung oder eine Einschränkung handelt, allein auf die Auswirkungen der Entscheidung an, die ein objektiver Betrachter feststellt. Will der Richter erkennbar wegen der - tatsächlichen oder vermeintlichen - Erforderlichkeit für das Kindeswohl eine Anordnung treffen, liegt eine Einschränkung des Umgangsrechts i.S.v. § 1684 IV 1 BGB n.F. vor, ansonsten eine Regelung des Umgangsrechts i.S.v. § 1684 III 1 BGB n.F.

3.3 In denjenigen Fällen, in denen nicht das Kindeswohl, sondern Belange der *Pflegeeltern*, wie zum Beispiel eine Vermeidung von Störungen durch *Besuche zur Unzeit*, eine Einschränkung des Umgangsrechts gebieten, steht nach wie vor nur der Klageweg vor dem ordentlichen Gericht gem. § 1004 BGB analog offen. Die Pflegeeltern werden jedoch in

einem derartigen Fall dafür sorgen müssen, daß die natürlichen Eltern auf andere Weise die Möglichkeit erhalten, das Kind zu sehen, beispielsweise durch ein Treffen im Jugendamt oder durch die Vereinbarung, daß das Kind von den biologischen Eltern für bestimmte Zeit abgeholt wird.<sup>732</sup>

Da die Unterlassungsklage nicht zu den Kindschafts-, Unterhalts- und Ehesachen gehören, die gem. § 23 a GVG n.F. unabhängig vom Streitwert den Amtsgerichten zugewiesen sind, richtet sich die *Gerichtszuständigkeit* in sachlicher Hinsicht nach dem Streitwert. Bei diesen Angelegenheiten handelt es sich um Unterlassungsklagen in nicht-vermögensrechtlichen Angelegenheiten; denn nicht-vermögensrechtliche Angelegenheiten sind solche, in denen der prozessuale Anspruch weder auf Geld noch auf geldwerte Gegenstände gerichtet ist und nicht auf einem Rechtsverhältnis basiert, das seiner Natur nach auf Gewinnerzielung gerichtet ist.<sup>733</sup> Bei einer Unterlassungsklage in einer nicht-vermögensrechtlichen Angelegenheit wird ein Regelstreitwert von 6.000,-- DM angenommen.<sup>734</sup> Dies hat zur Folge, daß gem. §§ 23 Nr. 1, 71 GVG das *Amtsgericht* in der ersten Instanz sachlich zuständig ist.

§ 1684 I, HS 2 BGB n.F. räumt den *Eltern* einen speziellen Duldungsanspruch und § 1684 II 2 BGB n.F. einen speziellen Unterlassungsanspruch gegenüber den Pflegeeltern ein, so daß die Eltern nicht mehr allein auf einen Unterlassungsanspruch aus §§ 1004 I BGB analog i.V.m. § 823 I BGB<sup>735</sup> angewiesen sind.

4. Die auf dem Familienrecht beruhenden gesetzlichen Rechte der leiblichen Eltern reichen jedoch nicht so weit wie gem. § 1634 BGB a.F., soweit dieser bisher anwendbar war. Entfallen ist der *Auskunftsanspruch* über die persönlichen Verhältnisse des Kindes, der bislang dem nicht sorgeberechtigten Elternteil gem. § 1634 III 1 BGB a.F. gegenüber dem *Personensorgeberechtigten* zustand, d.h. auch gegenüber einem Vormund oder Pfleger, dem gem. § 1793 BGB bzw. gem. §§ 1915, 1793 BGB das Personensorgerecht zustand. Nunmehr normiert zwar § 1686 S. 1 BGB n.F. weiterhin einen Auskunftsanspruch für biologische Elternteile, nennt jedoch nur noch den jeweils anderen natürlichen Elternteil und *nicht mehr generell den Personensorgeberechtigten* als möglichen Anspruchsgegner. Daher scheiden Pflegepersonen jetzt allgemein als Gegner des *gesetzlichen* familienrechtlichen Auskunftsanspruchs seitens der leiblichen Eltern aus, und die natürlichen Eltern bedürfen jetzt stets eines Auskunftsanspruchs gegen die Pflegeeltern, der auf einer Rechtsgrundlage außerhalb des Familienrechts beruht. Ein derartiger Auskunftsanspruch ist

---

<sup>732</sup>Oberloskamp, S. 54

<sup>733</sup>Zysk, S. 102/103

<sup>734</sup>Thomas/Putzo, S. 152; LG Oldenburg, Büro 1995, 269

<sup>735</sup>Palandt-Diederichsen, § 1684, 9; Palandt-Bassenge, § 1004, 2 und 27

beispielsweise in Nr. 4.2 (1. Spiegelstrich) des Muster-Pflegevertrags der Arbeitsgemeinschaft der Jugendämter (AGJ) als vertragliche Pflicht enthalten.<sup>736</sup>

Jedoch läßt sich m.E. auch kraft Gesetzes ein Auskunftsanspruch der biologischen Eltern in Form einer vertraglichen Nebenpflicht der Pflegeeltern herleiten. Zwar ist ein Pflegevertrag nicht primär auf die Erteilung von Auskünften gerichtet, doch kann eine *Auskunftspflicht* auch eine *Nebenpflicht* im Rahmen eines anderen, d.h. nicht in erster Linie auf die Erteilung von Auskünften gerichteten Vertrags darstellen.<sup>737</sup> Das Bestehen einer derartigen Pflicht ist eine Frage der Vertragsauslegung.<sup>738</sup>

Bei einem Pflegevertrag bedeutet dies: Die biologischen Eltern haben erkennbar in Anbetracht ihrer fortbestehenden Verantwortung für das Kind grundsätzlich ein Interesse daran, von den Pflegeeltern über die persönlichen Verhältnisse ihres Kindes informiert zu werden. Die Interessenlage ist z.B. durchaus vergleichbar mit derjenigen von nicht sorgeberechtigten geschiedenen Elternteilen, denen gem. § 1686 BGB n.F. (= 1634 III BGB a.F.) bei berechtigtem Interesse kraft Gesetzes ein Auskunftsanspruch über die persönlichen Verhältnisse des Kindes gegen den sorgeberechtigten Elternteil zusteht. Daher läßt sich m.E. aus dem Pflegevertrag ein Auskunftsanspruch der leiblichen Eltern in Form einer vertraglichen Nebenpflicht der Pflegeeltern herleiten. Die Pflegeeltern dürften regelmäßig unschwer in der Lage sein, die begehrte Auskunft zu erteilen.<sup>739</sup>

Doch auch in denjenigen Fällen, in denen dem Pflegeverhältnis kein Pflegevertrag zugrundeliegt, gelangt man zu einem auf Gesetz beruhenden Auskunftsanspruch. Denn in derartigen Fällen besteht ein gesetzliches Schuldverhältnis der *Geschäftsführung ohne Auftrag* gem. §§ 677 ff. BGB.<sup>740</sup> Hieraus folgt ein *Auskunftsanspruch* kraft Gesetzes gem. §§ 681 S. 2, 666 BGB.<sup>741</sup>

5. *Die Kosten des Umgangs* (Fahrtkosten, Verpflegung) fallen regelmäßig dem Umgangsberechtigten zur Last;<sup>742</sup> sie sind steuerlich nicht nach § 33 I EStG absetzbar.<sup>743</sup>

6. Das Umgangsrecht der Eltern endet spätestens mit der Volljährigkeit des Kindes. Im Fall einer Adoptionspflege (§ 1744 BGB) dürfen die leiblichen Eltern ab der Abgabe ihrer

---

<sup>736</sup> Oberloskamp, S. 262

<sup>737</sup> Palandt-Sprau, § 676, 11; Medicus, SchR II, S. 194

<sup>738</sup> Medicus, SchR II, S. 194

<sup>739</sup> Palandt-Heinrichs, § 261, 13; BGHZ 81, 25

<sup>740</sup> Giese, RdJB 1976, 65, 66

<sup>741</sup> Palandt-Sprau, § 666, 3

<sup>742</sup> BGH, NJW 1995, 717; Palandt-Diederichsen, § 1684, 60

<sup>743</sup> BFH, FamRZ 1997, 21



Einwilligungserklärung gem. § 1747 BGB bzw. deren Ersetzung gem. § 1748 BGB ihr Umgangsrecht gem. § 1751 I 1, HS 2 BGB nicht mehr ausüben;<sup>744</sup> die Ersetzung der Einwilligungserklärung gem. § 1748 BGB im Rahmen des § 1751 I 1 BGB steht der Abgabe der Einwilligungserklärung gem. § 1747 BGB gleich. Eine Ausnahme gilt im Fall einer Stiefkindadoption (§§ 1754 I S. 1, 2. Alt., 1756 II BGB); denn in einem solchen Fall erlangt das Adoptivkind gem. § 1754 I, F. 2 BGB n.F. die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes des Ehegatten mit der Folge, daß sich die Adoption nicht auf die Verwandtschaftsverhältnisse zum Ehegatten des Stiefelternteils auswirkt. Deshalb läßt eine Stiefkindadoption das Umgangsrecht des Ehegatten des Stiefelternteils unberührt.

### **III. Die Pflicht der Pflegeeltern zur Duldung des Umgangs des Kindes mit seinen Großeltern, Geschwistern und Stiefelternteilen (§§ 1685, 1684 II 2 BGB n.F.)**

1. Neben ehemaligen Pflegeeltern gehören Geschwister und Großeltern des Kindes, sowie Stiefelternteile zu demjenigen Personenkreis, der in den Gesetzgebungsmaterialien als *nicht-elterliche* Bezugspersonen des Kindes bezeichnet wird.<sup>745</sup> Inhaltlich erweitert die Vorschrift den Kreis der Umgangsberechtigten, wobei im wesentlichen die schon im früheren Recht von der Rechtsprechung mit Hilfe des unbefriedigenden Umwegs über § 1666 BGB erzwungene Erweiterung des Umgangsrechts kodifiziert worden ist. Die Vorschrift ergänzt § 1626 III BGB.<sup>746</sup> Die Beziehungen zu den Verwandten sind regelmäßig dann von Interesse für das Kind, wenn der die Verwandtschaft vermittelnde Elternteil verstorben ist.<sup>747</sup> Aber auch sonst dient der Umgang des Kindes mit seinen nichtehelichen Bezugspersonen in der Regel dem Wohl des Kindes. Deshalb kann dem Sorgeberechtigten insoweit die elterliche Sorge entzogen und eine gerichtliche Besuchsregelung getroffen werden, wenn er ohne vernünftigen Grund jeglichen persönlichen Umgang zwischen den Enkeln und den Großeltern unterbindet.<sup>748</sup> Weil jede Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens hat, war der fehlende Rechtsanspruch der Großeltern und anderer nahestehender Personen auf persönlichen Umgang mit dem Kind mit Art. 8 EMRK unvereinbar.<sup>749</sup>

In Anlehnung an den Vorschlag der Arbeitsgruppe des 59. DJT und angesichts der Stärkung des Umgangsrechts des nach bisheriger Terminologie nichtehelichen Vaters durch § 1684 I BGB n.F. räumte der Gesetzgeber auch Geschwistern, Großeltern und Stiefelternteilen als

---

<sup>744</sup> Oberloskamp, S. 144

<sup>745</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 47

<sup>746</sup> Palandt-Diederichsen, § 1685, 1

<sup>747</sup> BayObLG, ZfJ 1981, 272; BayObLG, NJW 1965, 1716

<sup>748</sup> Palandt-Diederichsen, § 1626, 29

<sup>749</sup> Palandt-Diederichsen, vor § 1297, 7

nichtelterlichen Bezugspersonen ein Umgangsrecht ein, das in seiner Ausgestaltung dem Umgangsrecht früherer Pflegeeltern gleicht<sup>750</sup> und über § 18 III 3 SGB VIII/KJHG n.F. zusätzlich abgesichert wird.

2. Das Gesetz hat die Berechtigung zum Umgang auf *Großeltern und Geschwister des Kindes* begrenzt; es erstreckt sich nicht auf Urgroßeltern, Vettern, Cousinen und noch entferntere Verwandte.<sup>751</sup> Die Begriffe Großeltern bzw. Geschwister hat der Gesetzgeber nicht eigens definiert. Welche Verwandte dazu gehören, ergibt sich aus dem 1., 2. und 8. Titel des 2. Abschnitts des 4. Buchs des BGB (§§ 1589 - 1600 e, 1741 - 1772 BGB).

2.1 *Großeltern* sind danach diejenigen Personen, die mit den Enkeln im zweiten Grad in gerader Linie miteinander verwandt sind (§ 1589 BGB);<sup>752</sup> das Verwandtschaftsverhältnis kann sowohl durch Geburt als auch durch Adoption begründet sein. Für das Umgangsrecht spielt es zwar keine Rolle, ob die Ehe der Großeltern noch besteht; jedoch steht dem jeweils neuen Ehegatten eines Großelternteils allenfalls ein Umgangsrecht in seiner Eigenschaft als frühere Pflegeperson (§ 1685 II, F. 3 BGB n.F.) zu.<sup>753</sup> Weitere Voraussetzung für das Umgangsrecht ist die Feststellung, daß der Umgang dem Wohl des Kindes dient.

2.2 *Geschwister* sind im zweiten Grad in der Seitenlinie miteinander verwandt.<sup>754</sup> Geschwister sind sowohl die vollbürtigen als auch die halbbürtigen, sowohl leibliche als auch durch Adoption hinzugewonnene.<sup>755</sup> Halbgeschwister sind solche, die nur einen Elternteil gemeinsam haben.<sup>756</sup> Personen, die keinen leiblichen Elternteil gemeinsam haben, z.B. die in die Ehe mitgebrachten "einseitigen" Kinder des einen Ehegatten im Verhältnis zu den "einseitigen" Kindern des anderen Ehegatten gelten daher nicht als Geschwister; bringen beide Ehegatten Kinder in die Ehe ein, die mit dem jeweiligen anderen Ehegatten nicht verwandt sind, entstehen keine familienrechtlichen Beziehungen zwischen den "einseitigen" Kindern des einen Ehegatten und den "einseitigen" Kindern des anderen Ehegatten. Gem. § 1590 I 1 BGB entsteht auch kein Verschwägertenverhältnis zwischen diesen Kindern, weil die Kinder des einen Ehegatten nur mit dem jeweils anderen Ehegatten selbst, nicht aber mit den Verwandten des jeweils anderen Ehegatten verschwägert sind. Auch Geschwister können nur dann ein Umgangsrecht aus § 1685 I BGB beanspruchen, wenn festgestellt wurde, daß der Umgang dem Wohl des Kindes dient.

---

<sup>750</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 106/107

<sup>751</sup>Palandt-Diederichsen, § 1685, 6

<sup>752</sup>Palandt-Diederichsen, § 1589, 2

<sup>753</sup>Palandt-Diederichsen, § 1685, 6

<sup>754</sup>Palandt-Diederichsen, § 1589, 2

<sup>755</sup>Palandt-Diederichsen, § 1685, 6

<sup>756</sup>Palandt-Diederichsen, vor § 1589, 1

2.3 Sowohl die Großeltern- als auch die Geschwisterstellung kann durch *Adoption* begründet werden bzw. verloren gehen. Von den Voraussetzungen und der Wirkung her unterscheidet man die Annahme eines Minderjährigen als Regelfall und die Annahme eines Volljährigen, die nur zulässig ist, wenn sie sich als "sittlich gerechtfertigt" darstellt (§ 1767 I BGB) und ihr nicht überwiegende Interessen der Kinder des Annehmenden oder des Anzunehmenden entgegenstehen (§ 1769 BGB), als Ausnahmefall. Die Annahme eines minderjährigen Kindes gilt als Volladoption, während die Annahme eines Volljährigen dem Grundsatz nach nur beschränkte Wirkung hat; denn sie erstreckt sich nicht auf die Verwandten des Annehmenden (§ 1770 I BGB), kann aber unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls mit den Wirkungen einer Volladoption durchgeführt werden (§ 1772 BGB).<sup>757</sup>

In bezug auf die Geschwister- bzw. Großelternstellung treten mit der Adoption die folgenden Wirkungen ein:

2.3.1 *Minderjährigen-Adoption des Kindes*: Der Angenommene erhält die rechtliche Stellung eines Kindes des Annehmenden (§ 1754 II BGB n.F.). Bei der Adoption durch Ehegatten erhält der Angenommene die Stellung als ihr gemeinschaftliches Kind (§ 1754 I, 1. Fall BGB n.F.), ebenso, wenn jemand ein Kind seines Ehegatten annimmt (§ 1754 I, 2. Fall BGB n.F.). Das Kind und seine Abkömmlinge treten gegenüber dem Annehmenden und seinen Verwandten in die vollen verwandtschaftsrechtlichen Beziehungen ein.<sup>758</sup> Das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes und seiner Abkömmlinge zu den bisherigen Verwandten, einschließlich des Kindschaftsverhältnisses zu den leiblichen Eltern, erlischt (§ 1755 I 1 BGB n.F.).

Beispiel 1:

Ein Kind, das einen Bruder und einen Halbbruder väterlicherseits hat, wird

- a) von einem Ehepaar angenommen (§ 1754 I, 1. Fall BGB n.F.). Damit erlöschen unter anderem die Verwandtschaftsverhältnisse des Kindes zu seinen Geschwistern und zu seinen Großeltern mütterlicher- und väterlicherseits (§ 1755 I 1 BGB n.F.). Zu den Eltern und den Kindern der Adoptiveltern tritt das Kind in die vollen verwandtschaftsrechtlichen Beziehungen.
- b) von einer alleinstehenden Person X angenommen (§ 1754 II BGB n.F.). Damit erlöschen die Verwandtschaftsverhältnisse des Kindes zu seinen Geschwistern und seinen Großeltern (§ 1755 I 1 BGB). Zu den Eltern und Kindern des Annehmenden tritt das Kind in die vollen verwandtschaftsrechtlichen Beziehungen.

Adoptiert ein Ehegatte das Kind seines Ehepartners, so erlischt die Verwandtschaft des Kindes nur im Verhältnis zum anderen Elternteil und dessen Verwandten (§ 1755 II BGB n.F.).

Beispiel 2:

---

<sup>757</sup>Schwab, S. 329

<sup>758</sup>Schwab, S. 336

Das Kind (Beispiel 1) wird vom "Stiefvater" adoptiert. Die Ehe zwischen den leiblichen Eltern wurde geschieden; der leibliche Vater lebt noch.

Damit erlischt die Verwandtschaft des Kindes unter anderem zu seinem Halbbruder und zu den Großeltern väterlicherseits (§ 1755 II BGB n.F.). Zu den Eltern und Kindern des Annehmenden tritt das Kind in die vollen verwandtschaftsrechtlichen Beziehungen.

Sind die Annehmenden mit dem Kind im 2. und 3. Grad verwandt oder verschwägert, so erlischt das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes nur zu den leiblichen Eltern, nicht zu den übrigen Verwandten (§ 1756 I BGB n.F.).<sup>759</sup>

Beispiel 3:

Das Kind (Beispiel 1) wird vom

- a) Großvater und/oder der Großmutter (Verwandtschaft/Schwägerschaft 2. Grades) oder
- b) vom Onkel und/oder der Tante (Verwandtschaft/Schwägerschaft 3. Grades Seitenlinie) adoptiert.

Zu a) Im Fall von § 1756 I, F. 1 BGB wird das Kind gemeinschaftliches eheliches Kind der Großeltern (§ 1754 I, 1. Alt. BGB n.F.). Das Kind tritt gegenüber seinen biologischen Großeltern in die vollen verwandtschaftsrechtlichen Beziehungen ein.<sup>760</sup> Damit würde ein Onkel (Sohn der Großeltern) zum Bruder des Kindes. Den biologischen Großeltern steht das Umgangsrecht von Eltern zu (§ 1684 I BGB n.F.). Das Verwandtschaftsverhältnis zum Bruder und zum Halbbruder bleibt erhalten.

Zu b) Dem Kind bleiben die verwandtschaftlichen Beziehungen zu den biologischen Großeltern erhalten. Zu eventuellen Abkömmlingen der annehmenden Verwandten/Verschwägerten 3. Grades in der Seitenlinie tritt das Kind in die vollen verwandtschaftlichen Beziehungen ein.

Nimmt ein Ehegatte das Kind seines Ehepartners an, so erlischt das Verwandtschaftsverhältnis nicht im Verhältnis zu den Verwandten des anderen Elternteils, wenn dieser die elterliche Sorge hatte und verstorben ist (§ 1756 II BGB n.F.).

Beispiel 4:

Das Kind (Beispiel 1) ist Halbwaise und wird vom Ehegatten der Mutter angenommen. Der verstorbene Elternteil besaß bis zum Tod das Sorgerecht (§§ 1754 I, 2, Alt., 1756 II BGB n.F.).

Damit tritt das Kind zu den Eltern und Kindern des Adoptivvaters in die vollen verwandtschaftlichen Beziehungen. Verwandtschaftsverhältnisse erlöschen nicht.

*2.3.2 Volljährigenadoption der Mutter:* Die Wirkungen der Annahme eines Volljährigen erstrecken sich nicht auf die Verwandten des Annehmenden. Der Ehegatte des Annehmen-

---

<sup>759</sup>Schwab, S. 337

<sup>760</sup>Schwab, S. 336

den wird nicht mit dem Angenommenen, dessen Ehegatte nicht mit dem Annehmenden verschwägert (§ 1770 I BGB). Die aus der Abstammung herrührenden Verwandtschaftsverhältnisse des Angenommenen werden durch die Annahme grundsätzlich nicht berührt (§ 1770 II BGB).<sup>761</sup>

Beispiel 5:

Die volljährige ledige Mutter des Kindes (Beispiel 1) wird adoptiert.

Damit erlangt die Mutter die rechtliche Stellung eines Kindes des oder der Annehmenden (§ 1754 BGB n.F.). Die Mutter und das Kind treten nur gegenüber dem oder den Annehmenden, nicht aber dessen Verwandten in die vollen verwandtschaftlichen Beziehungen (§ 1770 I 1 BGB). Das Kind wird Enkelkind des oder der Annehmenden.<sup>762</sup> Das Verwandtschaftsverhältnis der Mutter und des Kindes zu den bisherigen Verwandten bleibt unberührt (§ 1770 II BGB).<sup>763</sup>

### *2.3.3 Volljährigenadoption der Mutter mit den Wirkungen der Annahme nach den Vorschriften über die Annahme eines Minderjährigen (§ 1772 BGB).*

Unter den in § 1772 I BGB genannten Voraussetzungen kann das Vormundschaftsgericht eine Volljährigenadoption mit den Wirkungen einer Volladoption durchführen.

Beispiel 6:

Die volljährige ledige Mutter eines Kindes (Beispiel 1) wird adoptiert. Damit tritt die Mutter gegenüber dem oder den Annehmenden in die vollen verwandtschaftlichen Beziehungen ein. Das Kind wird Enkelkind des oder der Annehmenden. Mit der Annahme erlischt das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes zu den bisherigen Großeltern. Das Verwandtschaftsverhältnis zum Bruder bleibt unverändert; es erlischt aber im Verhältnis zum Halbbruder, wenn der oder die Annehmenden mit der Mutter nicht im 2. oder 3. Grad verwandt oder verschwägert sind.

### *2.3.4 Minderjährigen-Adoption des Bruders des Kindes:*

Im Fall einer Adoption durch eine alleinstehende Person oder ein Ehepaar, die oder das mit dem Annehmenden nicht im 2. oder 3. Grad verwandt oder verschwägert ist, erlöschen die verwandtschaftsrechtlichen Beziehungen des Bruders zu den Geschwistern und zu den Großeltern.

### *2.3.5 Volljährigen-Adoption des Bruders des Kindes:*

In diesem Fall erlöschen die verwandtschaftsrechtlichen Beziehungen des Bruders zu dem Kind nicht. An den verwandtschaftlichen Beziehungen des Kindes zu seinen Großeltern ändert sich ebenfalls nichts.

---

<sup>761</sup> Palandt-Diederichsen, § 1770, 2

<sup>762</sup> Palandt-Diederichsen, § 1770, 1

<sup>763</sup> Palandt-Diederichsen, § 1770, 2

### 2.3.6 Minderjährigen-Adoption des Halbbruders des Kindes:

Im Fall einer Adoption durch eine alleinstehende Person oder ein Ehepaar, die oder das mit dem Annehmenden weder im 2. oder 3. Grad verwandt oder verschwägert ist, erlöschen die verwandtschaftsrechtlichen Beziehungen des Halbbruders zu dem Kind. Im Fall einer Adoption durch den Ehegatten der Mutter des Halbbruders erlischt ebenfalls die verwandtschaftliche Beziehung des Halbbruders zu dem Kind, wenn der Vater des Halbbruders nicht die elterliche Sorge hatte und/oder noch lebt.

An den verwandtschaftlichen Beziehungen des Kindes zu seinen Großeltern ändert sich nichts.

### 2.3.7 Volljährigen-Adoption des Halbbruders des Kindes:

In diesem Fall ändert sich an den verwandtschaftsrechtlichen Beziehungen des Halbbruders zu dem Kind nichts. Gleiches gilt hinsichtlich der verwandtschaftlichen Beziehungen des Kindes zu seinen Großeltern.

3. Nachdem § 1684 I BGB n.F. jedem *Elternteil* ein Umgangsrecht eingeräumt hat, statet ergänzend dazu § 1685 II, 1. Alt. F. 1 und 2 i.V.m. Absatz I BGB n.F. sowohl die gegenwärtigen als auch die früheren *Ehegatten eines Elternteils*, die mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben, mit einem Umgangsrecht aus.

Mit dem Ausdruck "Elternteil" meint der Gesetzgeber ebenso wie in § 1684 I BGB n.F. sowohl einen leiblichen Elternteil als auch einen Adoptivelternteil.<sup>764</sup> Sofern ein Kind adoptiert wird, erlischt das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes im Verhältnis zu seinen leiblichen Eltern, von dem Sonderfall der Stiefkindadoption (§ 1755 II BGB n.F.) abgesehen, mit der Annahme (§ 1755 I 1 BGB n.F.).

Der Ausdruck "Ehegatte eines Elternteils" meint "Stiefeltern";<sup>765</sup> sie sind anders als Eltern mit dem Kind nicht verwandt, sondern verschwägert (§ 1590 I 1 BGB). Die Schwägerschaft dauert fort, auch wenn die Ehe, durch die sie begründet wurde, aufgelöst ist (§ 1590 II BGB). Hingegen kann eine Schwägerschaft nach Auflösung der Ehe nicht mehr entstehen, so daß der erste Ehemann nicht mit den Kindern seiner früheren Frau aus 2. Ehe verschwägert ist.<sup>766</sup>

Der Begriff "Ehegatte" setzt begrifflich eine bestehende Ehe voraus. Das bedeutet in jedem Fall, daß die Ehe weder aufgehoben (§ 1313 S. 2 BGB n.F.) noch geschieden (§ 1564 S. 2 BGB) wurde.

<sup>764</sup> Palandt-Diederichsen, § 1626, 9

<sup>765</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 107

<sup>766</sup> Palandt-Diederichsen, § 1590, 2

Zur Frage, ob der Begriff des Ehegatten im Rahmen des § 1685 II BGB n.F. eine formell gültige Ehe voraussetzt, äußern sich die Gesetzgebungsmaterialien nur teilweise. Zwar erwähnen sie, daß bloße Lebensgefährten der leiblichen Eltern nicht in den Genuß von Umgangsrechten kommen sollen, da der in Betracht kommende Personenkreis gesetzlich nicht hinreichend klar definiert werden kann.<sup>767</sup> Hingegen sprechen die Gesetzgebungsmaterialien nicht die Frage an, ob eine mit dem natürlichen Elternteil des Kindes in einer sogenannten hinkenden Ehe (*matrimonium claudicans*) verheiratete Person ein Umgangsrecht besitzen soll. M.E. ist diese Frage zu bejahen; denn auch eine hinkende Ehe genießt anders als eine nichteheliche Lebensgemeinschaft den Schutz des Art. 6 I GG, weil die Partner für ihr Verhältnis zueinander die öffentliche Anerkennung als Ehe suchen.<sup>768</sup> In ähnlicher Weise wie Ehegatten einer hinkenden Ehe Anspruch auf Hinterbliebenenrente haben,<sup>769</sup> steht ihnen m.E. gem. § 1685 II, 1. Alt, F. 1 BGB n.F. ein Umgangsrecht als "Ehegatten eines Elternteils" zu.

Ein Ehegatte ("Stiefelternteil") hört außer durch Tod durch Scheidung oder Aufhebung der Ehe auf, "gegenwärtiger" Ehegatte eines Elternteils zu sein. Mit der Annahme eines Kindes gem. § 1755 I 1 BGB n.F. hört der Stiefelternteil auf, gegenwärtiger oder früherer Ehegatte eines Elternteils zu sein, weil mit der Annahme des Kindes dessen Verwandtschaftsverhältnis zum Elternteil endet und folglich der bisherige Elternteil rechtlich als Elternteil nicht mehr existiert. Der Stiefelternteil hat dann kein Umgangsrecht mehr. Anders ist die Rechtslage, wenn die Ehe zwischen Stiefelternteil und Elternteil noch vor der Adoption geschieden oder aufgehoben wurde und der Elternteil ein zweites Mal heiratet; nimmt dann der "neue" Ehegatte des Elternteils das Kind an, so erlischt das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes im Verhältnis zum Elternteil nicht (§ 1755 II BGB n.F.) mit der Folge, daß der Elternteil weiterhin Elternteil bleibt. Der "Stiefelternteil" (Ex-Ehegatte) bleibt unverändert "früherer Ehegatte eines Elternteils".

§ 1685 II, 1. Alt., F. 1 und 2 BGB n.F. setzt voraus, daß der "Stiefelternteil" mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat. M.E. dürfte dieser Begriff im Licht des kindlichen Zeitbegriffs in ähnlicher Weise wie der Begriff "längere Zeit in Familienpflege" im Rahmen des Umgangsrechts ehemaliger Pflegeeltern gem. § 1685 II, 2. Alt., F. 3 BGB n.F. auszulegen sein.

Der Umgang mit dem Stiefelternteil muß dem Wohl des Pflegekinds dienen. § 1684 II bis IV BGB n.F. gilt entsprechend.

---

<sup>767</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 66

<sup>768</sup> BVerfGE 62, 323; Pieroth/Schlink, S. 169

<sup>769</sup> BVerfGE 62, 323

4. Für die Pflegeeltern selbst beinhalten die Umgangsrechte *Duldungspflichten*. Die Pflegeeltern sind als Personen, in deren Obhut i.S.d. §§ 1685 III, 1684 II 2 BGB n.F. sich das Kind befindet,<sup>770</sup> zur Duldung des Umgangs des Kindes mit seinen umgangsberechtigten Großeltern, Geschwistern und Stiefelternteilen in gleicher Weise wie zur Duldung des Umgangs des Kindes mit seinen biologischen Eltern gem. § 1684 II 2 BGB n.F. verpflichtet.

Befinden sich Geschwister des Kindes selbst in Familienpflege, haben die Pflegeeltern den Umgang ihres Pflegekindes mit seinen Geschwistern analog § 1004 BGB zu dulden, denn wie alle deliktisch geschützten Rechtsgüter<sup>771</sup> fällt auch das Umgangsrecht als "sonstiges Recht i.S.v. § 823 I BGB"<sup>772</sup> unter § 1004 BGB analog.

Dies gilt auch dann, wenn sich die Geschwister in *Adoptionspflege* (§ 1744 BGB) befinden, da eine bloße Adoptionspflege auf das Umgangsrecht ohne Einfluß ist. Denn zum einen erlischt das Verwandtschaftsverhältnis des Angenommenen zu seinen Geschwistern - wenn überhaupt - gem. § 1755 I 1 BGB erst mit dem Ausspruch der Annahme (§ 1752 I BGB). Zum anderen verweist § 1685 III BGB n.F. nur auf § 1684 II - IV BGB n.F., nicht dagegen auf § 1751 I 1, HS 2 BGB, wonach die leiblichen Eltern das Recht auf Umgang mit ihrem in Adoptionspflege befindlichen Kind nicht mehr ausüben dürfen, sobald sie entweder gem. § 1747 BGB selbst in die Annahme eingewilligt haben oder ihre Einwilligung gem. § 1748 BGB ersetzt worden ist. Daraus kann im Umkehrschluß gefolgert werden, daß die in Adoptionspflege befindlichen Geschwister auch in den Fällen der §§ 1747, 1748 BGB ihr Umgangsrecht weiterhin im vollen Umfang ausüben dürfen. Das Umgangsrecht und damit auch die Duldungspflicht enden erst, wenn mit dem Ausspruch der Annahme (§ 1752 I) gem. § 1755 I 1 BGB die rechtliche Geschwisterstellung erlischt.

---

<sup>770</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 105

<sup>771</sup>Palandt-Bassenge, § 1004, 2

<sup>772</sup>Palandt-Diederichsen, § 1684, 9



## C. Entscheidungsrecht der Pflegeperson gem. § 1688 BGB n.F.

### 1. Sinn und Zweck des § 1688 BGB n.F., dargestellt anhand der Entstehungsgeschichte

Mit dem Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18.07.1979<sup>773</sup> wurde dem § 1630 BGB der Absatz 3 angefügt. Danach konnten Eltern bei dem Vormundschaftsgericht beantragen, daß Angelegenheiten der elterlichen Sorge auf die Pflegeeltern übertragen wurden, wenn sie das Kind längere Zeit in Familienpflege gaben.<sup>774</sup> Durch die Genehmigung erlangten die Pflegeeltern insoweit die Rechtsstellung von Pflegern (§§ 1909 I, 1915 I, 1773 ff BGB). Von dieser Möglichkeit wurde aber nur in geringem Umfang Gebrauch gemacht. In den achtziger Jahren dürften es ca. 500 Fälle jährlich gewesen sein. Vermutlich ging auch diese ohnehin geringe Zahl nach dem 01.01.1991 noch weiter zurück.<sup>775</sup> Eine antragsunabhängige, gesetzliche Regelung des Entscheidungsrechts von Pflegepersonen gab es in der Bundesrepublik Deutschland nicht. Die Rechte der Pflegepersonen beruhten auf dem Pflegevertrag, falls ein solcher bestand; fehlte er, wurden Rechtshandlungen seitens der Pflegeeltern in der Praxis stillschweigend geduldet.<sup>776</sup> Juristisch gesehen bewegten sich die Pflegeeltern "auf dünnem Eis".

Etwas besser war deren Rechtsstellung in der Schweiz. Dort existierte der Art. 300 I ZGB. Er lautete in der Fassung des Bundesgesetzes vom 26.06.1976:

"Wird ein Kind Dritten zur Pflege anvertraut, so vertreten sie, unter Vorbehalt abweichender Anordnungen die Eltern in der Ausübung der elterlichen Gewalt, soweit es zur gehörigen Erfüllung ihrer Aufgabe angezeigt ist".<sup>777</sup>

Die Bestimmung hatte die gesamte Ausübung des Sorgerechts zum Gegenstand, angefangen von der tatsächlichen Pflege und den damit zusammenhängenden Befugnissen bis hin zur Bestimmung des Umgangs und des Aufenthalts, sowie der gesetzlichen Vertretung<sup>778</sup> und stellte ein Beispiel für die unter der Weisungsbefugnis der leiblichen Eltern stehende gesetzliche Teilhabe der Pflegeeltern am Sorgerecht dar. Die Bestimmung hatte insoweit eine konstitutive Bedeutung, als es den Pflegeeltern ermöglicht wurde, aus einer eigenen Rechtsstellung heraus gegen Dritte vorzugehen. Andererseits begnügte sich die Rechtsnorm damit, lediglich einen allgemeinen Rechtsgrundsatz wiederzugeben; denn

---

<sup>773</sup>BGBI. 1979, I S. 1061

<sup>774</sup>Tirey, S. 94, 95

<sup>775</sup>Windel, FamRZ 1997, 713, 721, Fn 122; Schellhorn/Wienand, § 38, 6

<sup>776</sup>Krug/Grüner/Dalichau, § 38 I 1

<sup>777</sup>Schwab, A 85

<sup>778</sup>Krug/Grüner/Dalichau, § 38, II 1

wenn die leiblichen Eltern ihr Kind in einer Pflegestelle unterbrachten, wollten sie im Zweifel den Pflegeeltern die für die Durchführung der täglichen Betreuung erforderlichen Rechte zugestehen. Falls hierbei Erklärungen im Namen des Kindes oder des Inhabers der Personensorge in Betracht kamen, z.B. bei der Einwilligung in ärztliche Behandlungen alltäglicher Art, bei der Unterschrift unter Zeugnisse, beim Antrag auf Ausstellung eines Reisepasses, bei dem Beitritt zu einem Sportclub etc. konnte man aus der Unterbringung in einer Pflegestelle regelmäßig auf eine Bevollmächtigung der Pflegeeltern schließen. Diese Konstellation war vergleichbar mit denjenigen Fällen, in denen jemand für eine typischerweise mit Vertretungsmacht verbundene Tätigkeit eingestellt und eine Vertretung nicht explizit ausgeschlossen wurde. Beispielsweise gilt zumindest im deutschen Recht ein Fernfahrer als zu denjenigen Geschäften bevollmächtigt, die auf einer Fahrt gewöhnlich anfallen, vor allem zum Tanken und zu kleineren Reparaturen.<sup>779</sup> Insoweit sich Art. 300 I des Schweizer ZGB mit der Wiedergabe dieses allgemeinen Rechtsgrundsatzes begnügte, besaß er im Grunde genommen nur eine klarstellende Funktion.<sup>780</sup> Allerdings empfand man die rechtliche Konstruktion einer zwar auf dem Willen der Personensorgeberechtigten beruhenden, aber trotzdem "gesetzlichen" Vertretung als seltsames Zwittergebilde, das sich nur dann als zufriedenstellende Erklärung der Verhältnisse hätte akzeptieren lassen, wenn es zumindest dem typischen Regelfall entsprochen hätte. Gerade dies traf nicht zu, da die unter § 38 SGB VIII/KJHG a.F. gefallenen Pflegeverhältnisse gewöhnlich ohne Mitwirkung der natürlichen Eltern vom Jugendamt begründet wurden. Nur mit komplizierten Hilfskonstruktionen, wie zum Beispiel der Übertragung der Sorge durch das Jugendamt mit Zustimmung der leiblichen Eltern oder der gestuften Übertragung zuerst an das Jugendamt und weiter an die Pflegeperson hätte sich dieses Rechtsgebilde mühsam erklären lassen. Zudem hielt man auch die Beschreibung der pflegeelterlichen Befugnisse für vage und ungenau.

Zur Verbesserung der Rechtsstellung der Pflegeeltern und der Rechtsklarheit forderte der 54. DJT 1982 in Nürnberg den deutschen Gesetzgeber auf, eine dem Art. 300 I ZGB vergleichbare Regelung zu schaffen. In Anbetracht der Schwächen dieser Rechtsnorm wurde allerdings eine vermutete, widerrufliche Bevollmächtigung vorgeschlagen, die durch individuelle Absprachen modifiziert werden könnte. Zwar sah man ein, daß von der rechtlichen Wirkung her eine "gesetzliche Vertretung" oder "vermutete Vollmacht" im Bereich der routinemäßigen täglichen Betreuung überflüssig sei, jedoch gab man zu bedenken, daß vor allem im Umgang mit Behörden eine Vertretungsregel als Legitimationsnachweis für die Pflegepersonen empfehlenswert wäre. Die Befugnisse der Pflegeeltern sollten im Zweifel sämtliche Rechtsgeschäfte umfassen, die die Betreuung des Kindes üblicherweise mit sich bringt. Falls der Inhaber der Personensorge den Pflegeeltern

---

<sup>779</sup> Medicus, BGB AT, S. 348

<sup>780</sup> Schwab, A 108

die Bestimmung des Aufenthalts oder des Umgangs des Kindes gestattet hat, sollten die Pflegeeltern gegenüber unbefugten Dritten den gleichen Schutz genießen wie der Inhaber des Sorgerechts selbst.<sup>781</sup> Die Einführung dieser vorgeschlagenen Rechtsnorm sei nach Auffassung des Gremiums im deutschen Recht auch verfassungsrechtlich so lange unbedenklich, als sich die den Pflegeeltern zugewiesenen Rechte als folgerichtige und im Zweifel von den leiblichen Eltern gewünschte Wirkung der Fremdunterbringung des Kindes erklären ließen und die Rechte der natürlichen Eltern wegen des Weisungsvorbehalts unangetastet blieben.<sup>782</sup>

Der deutsche Gesetzgeber griff die Anregungen des DJT auf und schuf den § 38 SGB VIII/KJHG a.F., der am 01.01.1991 in Kraft trat.<sup>783</sup> Allerdings fielen nur diejenigen Pflegeverhältnisse in dessen Anwendungsbereich, die *unter der Mitwirkung des Jugendamts begründet oder aufrechterhalten* wurden. Auf rein tatsächlichen Beziehungen beruhenden Drittsorgeberechtigungen blieb die Anerkennung versagt, weil man wohl nicht in Kauf nehmen wollte, daß sogar ein *Kindesentführer* ein Sorgerecht erhielt.<sup>784</sup>

Weil die im Zusammenhang mit der Familienpflege diskutierten Fragestellungen in weiten Teilen auch im Bereich der Heimerziehung auftraten, bezog sich die Rechtsnorm sowohl auf die Familienpflege, als auch auf die Heimerziehung und die Erziehung in anderen betreuten Wohnformen. *Pflegeperson* war, wem in der Vollzeitpflege die Betreuung des Minderjährigen und die Gewährung von Unterkunft oblag.<sup>785</sup>

Während gem. § 1630 III BGB a.F. eine Übertragung der elterlichen Sorge auf die Pflegeeltern von einem *Antrag* seitens des Inhabers der Personensorge abhing, wurde durch § 38 SGB VIII/KJHG a.F. mit dem Inkrafttreten dieser Rechtsnorm die Personensorge kraft Gesetzes partiell in dem Maß auf die Pflegeeltern übertragen, das die für das Kleinkind in seinen ersten Lebensjahren relevanten Bereiche betraf.<sup>786</sup> Die Rechtsstellung von Pflegeeltern und Heimerziehern wurde in einem Teilbereich derjenigen eines Vertreters des Inhabers der Personensorge vergleichbar. Die Form der gesetzlichen Vertretung galt ungeachtet der *Dauer* des Pflegeverhältnisses. Das Sorgerecht selbst verblieb mit den korrespondierenden Rechten und Pflichten bei den leiblichen Eltern bzw. bei dem leiblichen Elternteil.<sup>787</sup>

---

<sup>781</sup>Schwab, A 109; Schellhorn/Wienand, § 38, 3

<sup>782</sup>Schwab, A 107

<sup>783</sup>BT-Drucksache 11/6748, S. 81; MüKo-BGB-Hinz, § 38 SGB VIII/KJHG 1, Fn 2

<sup>784</sup>Windel, FamRZ 1997, 713, 720; Münder, § 38, 6

<sup>785</sup>MüKo-BGB-Hinz, § 38 SGB VIII/KJHG, 1; Münder, § 38, 8

<sup>786</sup>Krug/Grüner/Dalichau, § 38 II 1

<sup>787</sup>Krug/Grüner/Dalichau, § 38 I 2; Münder, § 38, 7

§ 38 SGB VIII/KJHG a.F. wurde nicht als gesetzliche Befugnis der Pflegeeltern im eigentlichen Sinn konzipiert. Statt dessen wurde als Grundlage der Rechte der Pflegepersonen eine *vermutete rechtsgeschäftliche Erklärung* angesehen, mit der die *elterliche Sorge zur Ausübung übertragen* wurde. Da ein Großteil der elterlichen Sorge nicht in der gesetzlichen Vertretung des Kindes, sondern in der tatsächlichen Erziehung und Pflege besteht, die nicht rechtsgeschäftlich erfolgte, ging es in erster Linie um die Vertretung des Inhabers des Sorgerechts. Handelte der Inhaber des Sorgerechts als solcher, indem er dem Geschäft eines beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen zustimmte, stand das wirksame Handeln gegenüber dem oder für den Minderjährigen im Vordergrund; dies geschah in unmittelbarer Stellvertretung des Minderjährigen und nicht des Inhabers des Sorgerechts.<sup>788</sup> Die neugeschaffene Vorschrift begründete für die Pflegeeltern ein *Recht*, nicht aber eine Pflicht. Machten die Pflegeeltern von ihrem Recht keinen Gebrauch, verblieb es bei der Verpflichtung des Personensorgeberechtigten.

Durch § 38 SGB VIII/KJHG wertete der Gesetzgeber die "faktische Elternschaft" wesentlich auf.<sup>789</sup> Das Kind selbst blieb, vom Anhörungsrecht gem. § 50 b FGG abgesehen, Objekt der Erziehung.

Der Kritik an der ungenauen Beschreibung der Befugnisse der Pflegeeltern in Art. 300 I des Schweizer ZGB trug der deutsche Gesetzgeber in § 38 I SGB VIII/KJHG a.F. dadurch Rechnung, daß er in den Nummern 1 bis 5 mehrere typische Fälle von Rechtsgeschäften aufzählte, jedoch nicht in abschließender, sondern - wie das Wort "insbesondere" zeigte - lediglich in exemplarischer Weise. Gem. § 38 III SGB VIII/KJHG a.F. galten zusätzliche *Beschränkungen* für wirtschaftlich bedeutsame Rechtsgeschäfte, zu denen ein Vormund oder gar der gesetzliche Vertreter des Kindes einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf.

Obwohl § 1630 III BGB a.F. auch nach dem 01.01.1991 anwendbar blieb, trat in der Praxis größtenteils § 38 SGB VIII/KJHG an die Stelle des § 1630 III BGB a.F., so daß sich die Bedeutung des § 1630 III BGB a.F. entsprechend reduzierte.<sup>790</sup> In dieser Zeit erschien der Fachwelt die Regelung des § 38 SGB VIII/KJHG auch für Pflegeverhältnisse angemessen, die zwar hoheitlich, jedoch in anderer Weise als nach dem Kinder- und Jugendhilferecht, also zum Beispiel als Weisung durch den Jugendrichter oder durch den Vormundschaftsrichter (§§ 10 I Nr. 2, 53 JGG) oder - falls man dies für zulässig hielt - aufgrund von § 1666 BGB begründet wurden. Man erkannte auch, daß *zivilrechtlich begründete*, in sämtlichen Belangen rechtmäßige *Pflegeverhältnisse* zu Sorgerechtigungen führen

<sup>788</sup>Windel, FamRZ 1997, 713, 719

<sup>789</sup>Fricke, ZfJ 1992, 305 - 309

<sup>790</sup>Finger, ZfJ 1990, 618 - 621

müßten und daß *Übergangsregelungen geschaffen* werden sollten, um in bestimmten Fällen die Versorgung der Pflegekinder während der Zwischenzeit sicherzustellen. Dabei wurde hauptsächlich an die Zeit nach Ablauf der Acht-Wochen-Frist gem. § 44 I Nr. 4 SGB VIII/KJHG bzw. nach Auflösung eines Pflegevertrages durch Anfechtung gedacht, in der die Pflegeperson weiterhin berechtigt sein sollte, den Personensorgeberechtigten in der Ausübung der elterlichen Sorge zu vertreten, bis die tatsächlichen Verhältnisse an die rechtliche Situation angepaßt worden sind.<sup>791</sup> Schließlich wurde auf dem 59. DJT 1992 darauf hingewiesen, daß § 38 SGB VIII/KJHG a.F. *rechtssystematisch an der falschen Stelle* stand, weil diese Bestimmung vom Gesetzgeber als Ergänzung des § 1630 III BGB a.F. gedacht worden war.<sup>792</sup>

Der Gesetzgeber des Kindschaftsreformgesetzes trug der Kritik der Fachwelt Rechnung und übernahm die Regelungen in § 38 I SGB VIII/KJHG a.F. in abgeänderter Form in den neugeschaffenen § 1688 BGB. § 38 III SGB VIII/KJHG a.F. wurde ersatzlos gestrichen. § 38 II SGB VIII/KJHG a.F. blieb übrig und bildet nunmehr den einzigen Absatz des § 38 SGB VIII/KJHG n.F., der jedoch in der Praxis aufgrund des § 1688 IV BGB n.F. an Bedeutung eingebüßt haben dürfte.

Weil die Familienpflege und die Betreuung nach dem KJHG im wesentlichen auf Konsens und Überzeugung basiert, sieht § 38 SGB VIII/KJHG n.F. für den Fall, daß der Inhaber der Personensorge die rechtlichen Befugnisse der Pflegeeltern übermäßig beschränkt, ein Verfahren vor, jedoch nur dann, wenn durch die Beschränkung eine dem Wohl des Minderjährigen förderliche Erziehung unmöglich gemacht wird. In einem derartigen Fall, ebenso wie bei anderen Meinungsverschiedenheiten, zum Beispiel über die Reichweite der Vertretungsmacht oder über die Art oder über Art und Umfang der Schranken der Vertretungsmacht, sollen die Beteiligten das Jugendamt einschalten.

Mangels zusätzlicher Regelungen und Eingriffsbefugnisse darf das Jugendamt in dieser Eigenschaft lediglich vermittelnd, also beratend und empfehlend tätig werden.<sup>793</sup> § 38 SGB VIII/KJHG n.F. schränkt die Rechtsstellung des Inhabers der Personensorge nicht ein. Äußerstenfalls verbleibt dem Jugendamt die Möglichkeit, bei einem gänzlichen Scheitern einer gedeihlichen Beziehung die Herbeiführung von Zwangsmaßnahmen, zum Beispiel im Rahmen des § 1666 BGB, in Aussicht zu stellen. Dies verdeutlicht, daß § 38 SGB VIII/KJHG n.F. zwar zum Umgang der Beteiligten beiträgt, indem ein vernünftig handhabbares Verfahren zur Verfügung gestellt wird, daß die Bestimmung jedoch anderer-

<sup>791</sup>Windel, FamRZ 1997, 713, 720

<sup>792</sup>Schwenzer, A 3 und 83, Münd., § 38, 2

<sup>793</sup>MüKo-BGB-Hinz, § 38 SGB VIII/KJHG, 5

seits keine Eingriffsbefugnisse gegenüber dem Inhaber der Personensorge normiert.<sup>794</sup>

Naturgemäß ist die Gefahr einer Beschränkung der Vertretungsmacht der Pflegeeltern, die eine dem Wohl des Minderjährigen förderliche Erziehung unmöglich macht, nach dem Ergehen einer Verbleibensanordnung gem. § 1632 IV BGB n.F. am größten. Deshalb schuf das Kindschaftsrechtsreformgesetz mit § 1688 IV BGB n.F. eine Sonderregelung, wonach die leiblichen Eltern mit dem Ergehen einer Verbleibensanordnung das Recht verlieren, die Vertretungsbefugnisse der Pflegeeltern gem. § 1688 I BGB n.F. einzuschränken oder auszuschließen<sup>795</sup> und trug damit der voraussehbaren Konfliktsituation Rechnung. Obwohl § 38 II SGB VIII/KJHG a.F. in redaktionell etwas veränderter Form weiterbesteht, ist wegen des neugeschaffenen § 1688 IV BGB zu erwarten, daß der Umfang der vermittelnden Tätigkeit der Jugendämter zurückgehen wird.

## 2. Die Neuerungen in § 1688 BGB n.F. gegenüber § 38 SGB VIII/KJHG a.F.

2.1 In Anlehnung an die korrespondierende schweizerische Regelung wurde § 38 SGB VIII/KJHG a.F. in weiten Teilen in das BGB übernommen und fand sich dort in § 1688 BGB n.F. wieder. Die neugeschaffene Rechtsnorm ergänzt § 1630 III BGB, der die Familienpflege bereits partiell regelte.<sup>796</sup> Zwar versprach die Bundesregierung, die unter § 1688 BGB n.F. fallenden Pflegeverhältnisse im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens näher zu definieren,<sup>797</sup> jedoch ist die in Aussicht gestellte Definition allem Anschein nach unterblieben. Dennoch ist § 1688 BGB n.F. ohne weiteres praktikabel, da man anhand der historischen Entwicklung den Zweck der Vorschrift - Verbesserung der Rechtsstellung aller Pflegeeltern - kennt und die Vorschrift entsprechend auslegen kann. Weil für alle Minderjährigen, die in Pflegestellen oder stationären Einrichtungen und somit außerhalb der Herkunftsfamilie aufwachsen, die Pflegeeltern und Heimerzieher faktisch deren Erziehung übernehmen,<sup>798</sup> brauchen sie alle die dazu erforderlichen Rechte. Deshalb hat der Gesetzgeber auch die gesetzliche Vollmachtsvermutung erweitert und *weitere Pflegeverhältnisse einbezogen*. Nunmehr fallen sowohl die Pflegeverhältnisse, die auf *stationären Leistungen der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung* oder auf Leistungen im Rahmen der *Eingliederungshilfen* für behinderte Kinder und Jugendliche gem. §§ 39 ff BSHG als auch diejenigen, die wie z.B. Verwandtenpflege oder Internatsunterbringung oder die Adoptionspflege gem. § 1744 BGB auf einem zivilrechtlichen Vertrag basieren, unter § 1688 BGB n.F.

<sup>794</sup>Krug/Grüner/Dalichau, § 38, II 3

<sup>795</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 55

<sup>796</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 108

<sup>797</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 169, Anmerkung zu Nummern 24 und 25

<sup>798</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 155

2.2 Andererseits wurde der Umfang der *Vertretungsmacht* von Pflegepersonen und Heimbetreuern gegenüber § 38 I SGB VIII/KJHG a.F. *eingeschränkt*, indem dessen Nr. 4 ersatzlos gestrichen wurde. Die Nummer 4 räumte sowohl Pflegeeltern als auch Heimerziehern das Recht ein, im Rahmen einer Grundentscheidung des Personensorgeberechtigten Rechtshandlungen im Zusammenhang mit dem Besuch einer Tageseinrichtung oder der Schule oder mit der Aufnahme eines Berufsausbildungs- oder Arbeitsverhältnisses vorzunehmen. Als Rechtshandlungen wurden solche Handlungen verstanden, bei denen die Rechtsfolgen im Gegensatz zu den Rechtsgeschäften unabhängig vom Willen des Handelnden kraft Gesetzes eintraten.<sup>799</sup> Unter § 38 I Nr. 4 SGB VIII/KJHG a.F. fiel beispielsweise die Teilnahme an Elternabenden, Schulausflügen und Sportfesten.<sup>800</sup> Die Einschränkung der Vertretungsmacht der Pflegeeltern und Heimerzieher wurde damit begründet, daß sich der Umfang der sorgerechtlichen Befugnisse von Pflegeeltern und Heimerziehern gem. § 1688 BGB n.F. einerseits und der Umfang der Alleinentscheidungsrechte gem. § 1687 BGB n.F. desjenigen Elternteils, in dessen Obhut sich das Kind im Fall Getrenntlebens gewöhnlich befindet, andererseits, wesentlich unterscheiden müßten, weil dem getrenntlebenden Elternteil bei gemeinsamer Sorge auch das Sorgerecht zusteht.<sup>801</sup>

2.3 Würde ein flüchtiger Leser § 1688 BGB mit § 38 I Nr. 5 SGB VIII/KJHG a.F. vergleichen, könnte er glauben, auch das für Pflegepersonen nach dem KJHG vorgesehene Notvertretungsrecht sei ersatzlos gestrichen worden. Dies trifft aber nicht zu; denn nunmehr bringt die *Verweisung* in § 1688 I 3 BGB n.F. auf den *neugeschaffenen* § 1629 I 4 BGB, wonach bei gemeinsamem Sorgerecht beider Eltern ein einziger Elternteil in Not- und Eilfällen ein Alleinvertretungs- und Alleinentscheidungsrecht besitzt, und die gleichzeitige Verwendung des Wortes "entsprechend" zum Ausdruck, daß *alle* Pflegeeltern ein *Notvertretungsrecht* besitzen.<sup>802</sup> Die §§ 1688 I 3, 1629 I 4 BGB n.F. ermächtigen die Pflegepersonen ebenso wie § 38 I Nr. 5 SGB VIII/KJHG a.F. bei Gefahr in Verzug zur Vornahme sämtlicher Rechtshandlungen, die das Wohl des Minderjährigen erfordert, und orientiert sich hierbei an den Nothilferegeln und den Rechtsnormen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff BGB), die bei Eilfällen schon vor dem Inkrafttreten des SGB VIII/KJHG anzuwenden waren.<sup>803</sup> Wegen der nur *klarstellenden* Funktion<sup>804</sup> haben die Pflegeeltern analog § 677 BGB die gesamte Interessenlage unter Einschluß der Interessenlage des Inhabers der Personensorge zu berücksichtigen.<sup>805</sup> Voraussetzung für

<sup>799</sup> Palandt-Heinrichs, Überblick vor § 104, 4

<sup>800</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 38 SGB VIII/KJHG, 4, Fn 12

<sup>801</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 155

<sup>802</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 108

<sup>803</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 38 SGB VIII/KJHG, 4

<sup>804</sup> Finger, ZfJ 1990, 618, 620

<sup>805</sup> Krug/Grüner/Dalichau, § 38 II 2

das Alleinvertretungs- und Alleinentscheidungsrecht ist, daß eine unaufschiebbare Not-situation eingetreten ist und die Inhaber der Personensorge nicht rechtzeitig erreicht werden können. Operationen, Impfungen und dergleichen, deren Erforderlichkeit schon vorher absehbar ist, dürfen daher nur mit der vorherigen Zustimmung des Inhabers der Personensorge vorgenommen werden. Nach einer Ansicht wird der *Inhaber des Sorge-rechts* und nicht das Kind *vertreten*,<sup>806</sup> nach anderer Ansicht ist die Pflegeperson Vertreter des Sorgeberechtigten und zugleich Untervertreter des Kindes.<sup>807</sup> (Für letztere Ansicht sprechen §§ 1629 III 1 BGB n.F. i.V.m. § 181 BGB). Füllen die Pflegeeltern oder der Heimbetreuer eine Eilentscheidung, haben sie den Personensorgeberechtigten unverzüglich, d.h. gemäß der Legaldefinition in § 121 I BGB, die für das gesamte Zivilrecht gilt,<sup>808</sup> ohne schuldhaftes Zögern zu unterrichten (§ 1629 I, 4, 2. HS BGB n.F.). - Eine *Haftungsmilderung*, wie sie z.B. gem. § 1664 BGB für die Eltern und gem. §§ 1915 I, 1793 I 3 BGB n.F. für zu Pflegern bestellte Pflegepersonen existiert, sah der Gesetzgeber bislang *nicht* vor. § 680 I BGB, der nach allgemeiner Meinung zwar auch bei drohender Gefahr für die Person eines Angehörigen des Geschäftsherrn anzuwenden ist,<sup>809</sup> setzte voraus, daß der Geschäftsführer (hier: die Pflegeperson) sowohl ohne Auftrag als auch - wegen § 1688 I 3 BGB n.F. anders als vorliegend - ohne Berechtigung handelte.<sup>810</sup>

- 2.4 Gemäß § 38 III 1 SGB VIII/KJHG a.F. mußte die Pflegeperson immer dann, wenn ein Vormund gem. §§ 1821 - 1824 BGB einer vormundschaftlichen Genehmigung bedurfte, die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters einholen. Dieser brauchte spiegelbildlich dazu selbst wieder eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, wenn er Vormund war. Handelte es sich bei dem gesetzlichen Vertreter um den Inhaber der elterlichen Sorge, war seine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nur im Rahmen des § 1643 I BGB erforderlich. Zur Wirksamkeit eines von einem Vormund abgeschlossenen Vertrags genügte es, wenn das Vormundschaftsgericht den Vertrag *nachträglich* genehmigte (§ 1829 BGB). Für die Eltern galt § 1829 BGB entsprechend (§ 1643 III BGB). Da aber die Rechte der Pflegeeltern - wie sich insbesondere aufgrund der in § 38 I SGB VIII/KJHG a.F. vorgesehenen Einschränkungsbefugnis des Personensorgeberechtigten zeigte - von dem Personensorgeberechtigten abgeleitete Rechte waren,<sup>811</sup> konnten sie nicht weiter reichen als die originären Rechte des Personensorgeberechtigten. Deshalb bedurfte eine Pflegeperson in diesen Fällen selbst dann, wenn es den Absatz III nicht gegeben hätte, der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, mindestens im für die leiblichen Eltern gem. § 1643 BGB geltenden Umfang. Folglich hatte § 38 III SGB VIII/KJHG a.F. überwiegend

<sup>806</sup>Windel, FamRZ 1997, 713, 718

<sup>807</sup>Schwab, A 90

<sup>808</sup>Palandt-Heinrichs, § 121, 3

<sup>809</sup>Palandt-Sprau, § 680, 2

<sup>810</sup>Palandt-Sprau, § 677, 11

<sup>811</sup>Krug/Grüner/Dalichau, § 38 II 2; Münder, § 38, 7



"nur" deklaratorische Wirkung.

Im Rahmen der Kindschaftsrechtsreform wurde diese Rechtsnorm als entbehrlich betrachtet und ersatzlos gestrichen. Mitentscheidend war,<sup>812</sup> daß die Entscheidungen in "Angelegenheiten des täglichen Lebens", die nun in § 1688 I 1 BGB n.F. geregelt sind, keine Rechtsgeschäfte umfaßten, die eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderten. Ob allerdings die Streichung der Rechtssicherheit dient, sei dahingestellt. Schließlich regeln § 1688 I 2 und 3 BGB n.F. auch noch die Verwaltung von Arbeitseinkünften und das Notvertretungsrecht, so daß eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung durchaus in Frage kommen kann. Die Verpflichtung der Pflegeperson zur Einholung einer gerichtlichen Genehmigung ist aber für einen beliebigen Rechtsanwender jetzt nicht ohne weiteres erkennbar.

2.5 § 1688 I und III BGB n.F. verwenden den Begriff "*Inhaber der elterlichen Sorge*". Insoweit weicht die Rechtsnorm von § 38 I und II SGB VIII/KJHG a.F. ab, der statt dessen den Begriff "Personensorgeberechtigter" verwandte. Die "elterliche Sorge" umfaßt zusätzlich zur "Personensorge" auch noch die "Vermögenssorge" (§ 1626 I 2 BGB n.F.). Ein Vormund zum Beispiel hat zwar das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen (§ 1793 S. 1 BGB), er ist aber dennoch nicht "Inhaber der elterlichen Sorge". Darauf deutet die Formulierung in § 1773 I BGB hin, wonach eine der alternativen Voraussetzungen für die Begründung einer Vormundschaft die Tatsache ist, daß der Minderjährige nicht unter "elterlicher Sorge" steht. Die Stellung des Vormunds ist derjenigen des Inhabers der elterlichen Sorge lediglich angepaßt.<sup>813</sup> Aufgrund wörtlicher Auslegung ergibt sich demnach, daß eine Pflegeperson einen *Vormund oder Pfleger* (§§ 1909, 1915 BGB) in Angelegenheiten des täglichen Lebens (§ 1687 I 3 BGB n.F.) nicht nach § 1688 I 1 BGB n.F. vertritt, weil weder Vormünder noch Pfleger Inhaber der elterlichen Sorge sind. Nachdem die Voraussetzungen für die Bestellung eines Vormunds oder Pflegers (§§ 1773, 1779, 1909 BGB) ohnehin gegeben sind, wäre es jedoch möglich, die Pflegeperson selbst unmittelbar mit dem Ehrenamt zu betrauen (§§ 1630 III, 1796, 1797, 1919, 1921 BGB). Als Resümee ergibt sich damit: § 1688 BGB n.F. findet lediglich dann Anwendung, wenn die Personensorge den leiblichen Eltern oder den Adoptiveltern zusteht; eine Ausnahme besteht nur, im Fall einer Adoptionspflege (§ 1744 BGB) gem. § 1751 I 5 BGB n.F., wonach während der Zeit der Adoptionspflege für den Annehmenden § 1688 I und III BGB n.F. entsprechend gilt. Ein praktischer Grund für die Unterscheidung, die der Gesetzgeber mit der Verwendung des Begriffs "Inhaber der elterlichen Sorge" traf, ist aus den Gesetzesmaterialien nicht ersichtlich.

<sup>812</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 108

<sup>813</sup> Palandt-Diederichsen, Einl. Einf. 2 v. 1773 und § 1800, 1; BGHZ 17, 115; BVerfG, NJW 1960, 811; Staudinger-Engler, § 1793, 1

2.6 Falls die Personensorge gem. §§ 1673 II 3, HS 1, 1773, 1909 BGB einem Vormund der Pfleger neben dem gem. § 106 BGB beschränkt geschäftsfähigen *minderjährigen Elternteil* zusteht, besitzt der Vormund bzw. Pfleger gem. § 1673 II 2, HS 2 BGB die alleinige gesetzliche Vertretungsbefugnis, während ihm die tatsächliche Personensorge gem. § 1673 II 2, HS 1 BGB neben dem minderjährigen Elternteil des Kindes zusteht. Bei Meinungsverschiedenheiten im Bereich der tatsächlichen Personensorge, z.B. bei der Entscheidung über ärztliche Heileingriffe<sup>814</sup> kommt der Meinung des minderjährigen Elternteils gem. § 1673 III 3, HS 1 BGB der Vorrang zu. Daher steht die Entscheidungsbefugnis in Angelegenheiten der *tatsächlichen* Personensorge *faktisch* dem *minderjährigen Elternteil allein* zu. Folglich dürfen *Pflegeeltern* in derartigen Fällen *nicht* gem. § 1688 I BGB n.F. den minderjährigen Elternteil *vertreten*, da diesem selbst keine gesetzliche Vertretungsbefugnis zusteht; die Pflegepersonen dürfen lediglich gem. § 1688 I 1, F. 1 BGB n.F. anstelle des minderjährigen Elternteils in Angelegenheiten der tatsächlichen Personensorge, soweit sie zu den Angelegenheiten des täglichen Lebens i.S.v. § 1688 I 1 BGB n.F. zählen, entscheiden. Für eine analoge Anwendung des § 1688 BGB n.F. ist kein Raum, weil es sich um ein neues Gesetz handelt, das in Kenntnis der gegenwärtigen Gegebenheiten entstand und eine Gesetzeslücke nicht auszumachen ist. Daß der Gesetzgeber die Problematik generell erkannte, zeigt § 1751 I 5 BGB n.F., der eine analoge Anwendung des § 1688 I und III BGB n.F. auf die Adoptionspflege (§ 1744 BGB) und damit auch für das Ruhen der elterlichen Sorge wegen der Einwilligung der Eltern in die Adoption (§ 1751 I 1 BGB n.F.) vorsieht.

### 3. Der Anwendungsbereich des § 1688 I und II BGB n.F. in Bezug auf Pflegeverhältnisse

Der Gesetzgeber umschreibt die unter § 1688 I und II BGB n.F. fallenden Pflegeverhältnisse nicht näher; er erwähnt lediglich in § 1688 II BGB n.F., daß Pflegeverhältnisse im Rahmen der Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche gem. § 35 a I 2 Nr. 3 SGB VIII/KJHG generell in den Anwendungsbereich des § 1688 BGB n.F. fallen. Auch die Gesetzgebungsmaterialien<sup>815</sup> enthalten keine Hinweise zur näheren Umschreibung der unter § 1688 BGB n.F. fallenden Pflegeverhältnisse. Daher fällt der Rechtsprechung und Wissenschaft die Aufgabe zu, den Anwendungsbereich des § 1688 I und II BGB n.F. in Bezug auf Pflegeverhältnisse näher auszuloten.

Gewisse Anhaltspunkte hinsichtlich des Anwendungsbereichs des § 1688 BGB n.F. bietet in diesem Zusammenhang die Formulierung "Lebt ein Kind für *längere Zeit in Familienpflege*, ..." in § 1688 I 1 BGB n.F. Diese Formulierung erinnert stark an die Formulierung

<sup>814</sup> Palandt-Diederichsen, § 1626, 15 - 16; Kern, NJW 1994, 755

<sup>815</sup> BT-Drucksache 13/4899

in § 1630 III 1 BGB alter wie neuer Fassung: "Geben die Eltern das Kind für längere Zeit in Familienpflege, ...".

Ferner gilt es in diesem Zusammenhang zu bedenken, daß die Vorgängernorm des § 1688 BGB n.F., § 38 SGB VIII/KJHG a.F., vom Gesetzgeber als *Ergänzung zu § 1630 III BGB* gedacht war, wonach bei länger andauernder Familienpflege auf Antrag der natürlichen Eltern Angelegenheiten der elterlichen Sorge durch eine gerichtliche Entscheidung auf die Pflegepersonen übertragen werden können, wobei diese insoweit die Rechtsstellung von Pflegern (§§ 1909 I, 1915 I, 1773 ff BGB) erlangen.<sup>816</sup>

Dies alles legt den Schluß nahe, den Anwendungsbereich des § 1688 BGB n.F. in bezug auf Pflegeverhältnisse in gleicher Weise *auszulegen* wie den *Anwendungsbereich des § 1630 III BGB* alter wie neuer Fassung, ggf. ergänzt um die in den Anwendungsbereich des § 1688 II BGB n.F. fallenden Pflegeverhältnisse im Rahmen der Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche i.S.v. § 35 a I 2 Nr. 3 SGB VIII/KJHG, sowie im Rahmen der Heimunterbringung und Unterbringung in einer sonstigen betreuten Wohnform i.S.d. §§ 34 und 35 a I 2 Nr. 4 SGB VIII/KJHG, soweit diese nicht ohnehin in den Anwendungsbereich des § 1630 III BGB fallen. Jedoch definiert auch § 1630 III BGB weder den Begriff "Familienpflege", noch den Begriff "Pflegeperson".<sup>817</sup> Folglich obliegt es der Rechtsprechung und Wissenschaft, den Anwendungsbereich des § 1630 III BGB genau einzugrenzen.

Unter § 1630 III BGB fallen alle Minderjährigen und sämtliche faktischen Pflegeverhältnisse familienähnlicher Art.<sup>818</sup> Eine *Familienpflege* i.S.v. § 1630 III BGB setzt voraus, daß mindestens eine Pflegeperson außerhalb der Herkunftsfamilie die elterliche Sorge ausübt und zwischen dieser und dem Kind Beziehungen bestehen, die einem Eltern-Kind-Verhältnis ähneln.<sup>819</sup> Die familienähnliche Unterbringung stellt den entscheidenden Unterschied zwischen der Familienpflege und der Heimerziehung dar.<sup>820</sup> In Ausnahmefällen kann jedoch auch die Unterbringung in einem Heim oder in einer anderen betreuten Wohnform als Familienpflege i.S.v. § 1630 III BGB qualifiziert werden, falls die Versorgung, Betreuung und Erziehung des Kindes in ihrer Gesamtheit familienähnlich konzipiert ist und der Heimcharakter der Einrichtung demgegenüber völlig zurücktritt.<sup>821</sup> In jedem Fall gibt die persönliche Beziehung zwischen Pflegeperson und Kind den entscheidenden Ausschlag; je mehr diese einer Familie ähnelt, desto eher kann ein

<sup>816</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 38 SGB VIII/KJHG, 1

<sup>817</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 37

<sup>818</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 38

<sup>819</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 38; BayObLGZ 1984, 98 = FamRZ 1984, 817

<sup>820</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 38; OLG Hamm, NJW 1985, 3029, 3030

<sup>821</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 38, OLG Hamm, NJW 1985, 3029, 3030

derartiges Verhältnis als Familienpflege angesehen werden.<sup>822</sup> In den Anwendungsbereich des § 1630 III BGB fällt lediglich die sogenannte *Vollzeitpflege*.<sup>823</sup> Dennoch braucht es sich nicht um eine permanente, sondern lediglich um eine regelmäßige Familienpflege, z.B. an mehreren Tagen wöchentlich über längere Zeit, zu handeln, bei der das Kind außerhalb der leiblichen Familie in familiärer Betreuung aufgenommen ist. Diese Pflege kann auch durch Verwandte oder Verschwägte, z.B. durch Großeltern oder Stiefeltern erfolgen.<sup>824</sup>

Nach dem Normzweck des § 1630 III BGB kommt es nicht darauf an, ob die Pflegeeltern die gem. § 44 SGB VIII/KJHG regelmäßig erforderliche *Pflegeerlaubnis* besitzen.<sup>825</sup> Dies liegt daran, daß § 1630 III BGB bezweckt, den Erfordernissen der normalen menschlichen Wirklichkeit Rechnung zu tragen, die nicht danach fragt, ob die nötige Pflegeerlaubnis vorliegt oder nicht.<sup>826</sup> Zusätzlich muß nach dem Wortlaut des § 1630 III BGB *alter* wie neuer Fassung das Pflegeverhältnis *auf längere Zeit begründet* sein, d.h. es kommt anders als im Rahmen des § 1632 IV BGB nicht auf die bisherige Dauer des Pflegeverhältnisses an, sondern auf dessen geplante weitere Fortdauer. Als Indiz für die *geplante künftige Dauer* des Pflegeverhältnisses dient, falls das Kind schon längere Zeit in Familienpflege lebt, deren bisherige Dauer, ansonsten die in Aussicht genommene zukünftige Dauer. Was die Dauer selbst angeht, lassen sich keine genauen Zeiträume angeben.<sup>827</sup> Vielmehr ist der Begriff "längere Zeit" in § 1630 III BGB in ähnlicher Weise wie im Rahmen des § 1632 IV BGB *im Licht des kindlichen Zeitbegriffs* auszulegen.<sup>828</sup> Dies bedeutet, daß das Tatbestandsmerkmal "längere Zeit" um so eher zu bejahen ist, je jünger das Kind im Zeitpunkt der Inpflegegabe ist.<sup>829</sup> Der Zeitfaktor spielt lediglich dann keine Rolle, wenn es sich um ein Pflegeverhältnis im Rahmen der Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche gem. § 35 a I 2 Nr. 3 und 4 SGB VIII/KJHG oder im Rahmen der Heimerziehung oder der Erziehung in einer sonstigen betreuten Wohnform gem. § 34 SGB VIII/KJHG handelt. Denn aus dem Wortlaut des § 1688 I u. II BGB n.F. ergibt sich, daß das Tatbestandsmerkmal "für längere Zeit" (§ 1688 I BGB) bei derartigen Pflegeverhältnissen nicht erfüllt zu sein braucht, so daß bei diesen Pflegeverhältnissen deren beabsichtigte künftige Dauer keine Rolle spielt. Soweit das Tatbestandsmerkmal "auf längere Zeit" auf ein Pflegeverhältnis i.S.v. § 35 a I 2 Nr. 3 und 4 SGB VIII/KJHG nicht zutrifft, hat die Erwähnung des § 35 a I 2 Nr. 3 SGB VIII/KJHG in § 1688 II BGB n.F. nicht

<sup>822</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 39; BayObLG, NJW 1988, 2381

<sup>823</sup> Schlüter/Liedmeier, FuR 1990, 122, 123

<sup>824</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 39; BayObLG, FamRZ 1982, 737 Nr. 443; BayObLGZ 1984, 98 = FamRZ 1984, 817; Baer, FamRZ 1982, 221, 222

<sup>825</sup> Schwab, A 78; Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 41; BayObLGZ 1984, 98 = FamRZ 1984, 817

<sup>826</sup> Schwab, A 80

<sup>827</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 42

<sup>828</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 41

<sup>829</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 42

lediglich klarstellende, sondern *konstitutive* Bedeutung.

Gem. § 1751 I 5 BGB n.F., wonach für den Annehmenden während der Zeit der Adoptionspflege (§ 1744 BGB) § 1688 I und III BGB n.F. *entsprechend* gelten, findet § 1688 BGB n.F. auch auf die *Adoptionspflege* Anwendung. Daher besitzen Adoptionspflegeeltern die in § 1688 I BGB n.F. normierten Rechte auch in den folgenden Fällen:

- Das Jugendamt wurde gem. § 1751 I 2, HS 1 BGB aufgrund des Ruhens der elterlichen Sorge gem. § 1751 I 2, HS 1 BGB als Folge der Erklärung der Einwilligung seitens der leiblichen Eltern gem. § 1747 BGB oder deren Ersetzung gem. § 1748 BGB Amtsvormund;
- Das Jugendamt wird gem. § 1751 I 2, HS 2 BGB nur deswegen nicht Amtsvormund, weil für das Kind bereits vor diesem Zeitpunkt ein Vormund bestellt wurde;
- Es bedarf gem. § 1747 IV BGB wegen der dauernden Unfähigkeit der natürlichen Eltern zur Abgabe der Einwilligungserklärung oder deren dauerhaft unbekannten Aufenthalts keiner Einwilligung seitens der biologischen Eltern. In solchen Fällen ruht die elterliche Sorge der leiblichen Eltern gem. § 1675 BGB mit dem Wirksamwerden der gerichtlichen Feststellung gem. § 1674 I BGB n.F. mit der Folge, daß die natürlichen Eltern das Recht verlieren, die elterliche Sorge auszuüben.<sup>830</sup> § 1674 I BGB n.F. findet sowohl im Fall eines unbekannten Aufenthalts als auch im Fall einer körperlichen oder geistigen Krankheit oder Alkoholsucht Anwendung, wobei letztere noch keinen derart hohen Grad erreicht zu haben braucht, daß das Sorgerecht gem. § 1673 I BGB kraft Gesetzes ruht, und wobei es bei letzterer genügt, daß ein Wiederauftreten (Schübe) befürchtet werden muß.<sup>831</sup>

Die kraft Gesetzes eintretende Folge der gerichtlichen Feststellung gem. § 1674 I BGB n.F. ist, daß die leiblichen Eltern als wegen Krankheit bzw. Abwesenheit verhindert gelten und gem. § 1909 I 1 BGB ein Ergänzungspfleger für das Kind bestellt wird.<sup>832</sup> Somit stellt § 1751 I 5 BGB n.F. eine Ausnahme von dem Grundsatz dar, daß § 1688 BGB n.F. in denjenigen Fällen keine Anwendung findet, in denen die Personensorge einem Vormund oder Pfleger zusteht.

Allerdings fällt beim Anwendungsbereich des § 1688 BGB n.F. ein wesentlicher Unterschied zu § 1630 III BGB auf: § 1630 III BGB setzt voraus, daß das Kind *von seinen leiblichen Eltern* in Pflege gegeben wurde mit der Folge, daß § 1630 III BGB im Fall der Inpfleggabe durch einen Vormund oder Pfleger keine Anwendung findet, denn weder

---

<sup>830</sup> Palandt-Diederichsen, § 1674, 5

<sup>831</sup> Palandt-Diederichsen, § 1674, 1

<sup>832</sup> Palandt-Diederichsen, § 1909, 3 u. 5; MüKo-BGB-Schwab, § 1909, 18

§ 1800 BGB noch § 1915 I BGB verweist auf § 1630 III BGB.<sup>833</sup> Auch eine analoge Anwendung von § 1688 BGB n.F. kommt ebensowenig wie im Fall von § 1630 III BGB in Betracht, da offensichtlich kein Bedürfnis für eine Analogie besteht wegen der Möglichkeit, die Pflegeeltern unmittelbar zu Vormündern oder Pflegern zu bestellen (§§ 1773, 1779, 1909 BGB).<sup>834</sup> Hingegen kommt es nach dem Wortlaut des § 1688 BGB n.F. nicht darauf an, wer das Kind *ursprünglich* in er Pflegestelle unterbrachte, *sondern* darauf, wem die Personensorge zum *betreffenden Zeitpunkt* zusteht; dies müssen außer im Fall des § 1751 I 5 BGB n.F. die leiblichen oder Adoptiveltern des Kindes sein.

#### 4. Die Befugnisse der Pflegeperson im einzelnen

4.1 § 1688 I 1 BGB n.F. stattet eine Pflegeperson mit Befugnissen aus, wie sie bisher in § 38 I Nr. 1 SGB VIII/KJHG a.F. normiert waren,<sup>835</sup> indem er die Pflegeperson zur Entscheidung in "Angelegenheiten des täglichen Lebens" und zur Vertretung des Inhabers der elterlichen Sorge in diesen Angelegenheiten ermächtigt. Die in § 1688 I 1 BGB n.F. ebenso wie in § 38 I Nr. 1 SGB VIII/KJHG a.F. geregelten Befugnisse der Pflegeperson betreffen wegen deren enger Verflechtung sowohl die *Personen- als auch die Vermögenssorge*.<sup>836</sup>

4.2 Der Begriff "*Angelegenheiten des täglichen Lebens*" ist in § 1688 BGB n.F. selbst nicht definiert, Wissenschaft und Praxis versuchen daher den unbestimmten Rechtsbegriff anhand anderer Rechtsnormen abzugrenzen.

Im Hinblick auf *Art. 6 II GG* wird dabei das Hauptaugenmerk darauf gerichtet, daß die Pflegepersonen nicht zu viel Macht erhalten und daß den natürlichen Eltern die Zuständigkeit verbleibt, grundlegende Fragen zu entscheiden. Hierzu gehören neben den Statusfragen alle diejenigen Fragen, die für den Werdegang des Kindes entscheidende Bedeutung haben. Dies hat zur Folge, daß sich Pflegeeltern und Heimerzieher zum Beispiel in Angelegenheiten des Kindes, die die Gesundheitsvor- und fürsorge zum Gegenstand haben, immer mit dem Inhaber der Personensorge abstimmen müssen.<sup>837</sup> Die Maxime berücksichtigt, daß ein Pflegeverhältnis regelmäßig auf Zeit, das heißt, auf die Rückkehr des Kindes in die Herkunftsfamilie gerichtet ist und daher die Pflegepersonen nicht die Kompetenz für Entscheidungen besitzen, die mit hoher Wahrscheinlichkeit das Pflegeverhältnis überdauern.<sup>838</sup>

<sup>833</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 43; Baer, FamRZ 1982, 221, 229

<sup>834</sup> Baer, FamRZ 1982, 221, 229

<sup>835</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 108

<sup>836</sup> Windel, FamRZ 1997, 713, 720; Schellhorn/Wienand, § 38, 4

<sup>837</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 155; § 38 I Nr. 4 SGB VIII/KJHG a.F.

<sup>838</sup> Schwab, A 110

Auch § 1903 III 2 BGB spricht in Bezug auf die Betreuung ähnlich wie § 1688 BGB n.F. von "Angelegenheiten des täglichen Lebens", versteht den Begriff allerdings noch mit dem Adjektiv "geringfügig". Dem Münchner Kommentar<sup>839</sup> läßt sich hierzu entnehmen, daß der Gesetzgeber mit dem schwer zu definierenden Ausdruck "Angelegenheiten des täglichen Lebens" insbesondere "alltägliche Bargeschäfte über geringwertige Gegenstände" meint, wobei es nicht erforderlich ist, daß das Rechtsgeschäft üblicherweise täglich vorgenommen wird. Als Beispiel für ein alltägliches Rechtsgeschäft über geringwertige Gegenstände nennen die Gesetzgebungsmaterialien den Kauf einer Tube Zahnpasta.<sup>840</sup> Auf alle Fälle muß es sich um Dinge handeln, die zum gewöhnlichen Lebensvollzug gehören und zum alsbaldigen Konsum angeschafft werden, insbesondere den Kauf von Lebensmitteln und Hygieneartikeln in kleineren Mengen (also nicht zwecks längerer Vorratshaltung), ferner das Lösen einer Eintrittskarte zu einer sportlichen Veranstaltung oder einem Kino, sowie die Anschaffung geringwertiger Gebrauchstextilien (z.B. Strumpfhosen, Socken). Der Gesetzgeber grenzt in § 1903 III 2 BGB die "Angelegenheiten des täglichen Lebens" in gleicher Weise wie bei der *Schlüsselgewalt* ab.<sup>841</sup>

§ 1357 I 1 BGB stellt in erster Linie auf Haushaltsgeschäfte ab, wobei sich der Umfang der Zulässigkeit der Mitverpflichtung nach den Einkommens- und Vermögensverhältnissen der Familie richtet. Die Geschäfte müssen nicht lediglich ihrer Art nach, sondern tatsächlich dem Lebensbedarf der Familie dienen. Hierzu gehören beispielsweise die Anschaffung von Lebensmitteln, Heizmaterial, Hausrat und einzelnen Einrichtungsgegenständen, sowie die Ersetzung unbrauchbar gewordener Gegenstände und Reparaturen.<sup>842</sup>

§ 1687 I 3 BGB n.F., der sich wie der gesamte § 1687 BGB n.F. mit dem Entscheidungsrecht bei gemeinsamer elterlicher Sorge getrennt lebender Eltern befaßt, definiert die Entscheidungen in Angelegenheiten des täglichen Lebens als in der Regel solche, die häufig vorkommen und die keine schwer abzuändernden Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben. Den Gesetzesmaterialien<sup>843</sup> ist zu dem unbestimmten Rechtsbegriff überdies zu entnehmen: Von den den Alltag des Kindes prägenden Angelegenheiten müssen gem. § 1687 I 1 BGB n.F. zunächst diejenigen Materien unterschieden werden, die grundsätzliche Bedeutung besitzen und die bei gemeinsamem Sorgerecht einer Entscheidung durch beide biologischen Elternteile bedürfen; dazu gehören beispielsweise die grundsätzlichen Entscheidungen auf dem Gebiet der tatsächlichen Betreuung, der Aufenthaltsbestimmung, der Erziehung in schulischer und religiöser Hinsicht, der Berufsaus-

<sup>839</sup>MüKo-BGB-Schwab, § 1903, 35 und Fn 22 u. 23

<sup>840</sup>BT-Drucksache 11/4528, S. 139

<sup>841</sup>BT-Drucksache 11/4528, S. 139

<sup>842</sup>Palandt-Diederichsen, § 1357, 15

<sup>843</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 107/108

bildung und der medizinischen Versorgung des Kindes; deshalb müssen sich bei gemeinsamem Sorgerecht die leiblichen Eltern beispielsweise darüber verständigen, welche Schulart das Kind besuchen oder ob es die Schule wechseln soll.<sup>844</sup> Eine an dem nicht selbst einwilligungsfähigen Kind vorzunehmenden Operation bedarf ebenfalls - von eilbedürftigen Fällen abgesehen - einer Einwilligung durch beide natürlichen Eltern. § 1687 I 2 BGB n.F. normiert ein Alleinentscheidungsrecht in Angelegenheiten des täglichen Lebens für denjenigen leiblichen Elternteil, in dessen Obhut sich das Kind regelmäßig befindet; dieses Recht betrifft insbesondere die in der Praxis ganz im Vordergrund stehenden Fragen der täglichen Betreuung des Kindes, jedoch auch Fragen, die sich im schulischen Leben und in der beruflichen Ausbildung des Kindes stellen. Ebenso soll der genannte natürliche Elternteil Entscheidungen, die die gewöhnliche medizinische Versorgung des Kindes zum Gegenstand haben, allein treffen dürfen. Unbedeutende Vermögensangelegenheiten, zum Beispiel die Verwaltung von Geldgeschenken, darf der das Kind betreuende leibliche Elternteil selbständig erledigen.

Gem. § 38 I Nr. 1 SGB VIII/KJHG a.F. war der dort definierte Personenkreis berechtigt, den Personensorgeberechtigten in der Ausübung der elterlichen Sorge zu vertreten, insbesondere "Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens" abzuschließen und Ansprüche aus solchen Rechtsgeschäften geltend zu machen. Das "Rechtsgeschäft" setzte sich zusammen aus einer oder mehreren Willenserklärungen, die allein oder in Verbindung mit sonstigen Tatbestandsmerkmalen eine Rechtsfolge herbeiführten, da sie gewollt war.<sup>845</sup> Die Rechtsnorm erfaßte sämtliche Geschäfte, die der Deckung des täglichen Bedarfs dienten, also zum Beispiel die Anschaffung von Arbeitsmitteln, Kleidung und Spielzeug, soweit diese einen auch im Hinblick auf den Umfang der zur Verfügung stehenden Mittel vertretbaren Rahmen nicht überschritten,<sup>846</sup> wozu wohl auch Schulsachen gezählt haben dürften. Ferner wurden sämtliche dem persönlichen Bedarf dienenden Rechtsgeschäfte unter Einschluß der medizinischen Versorgung, wie zum Beispiel des Kaufs von Medikamenten, gerechnet. Neben Kaufverträgen fielen Miet-, Reise- und Unterrichtsverträge, sowie die Mitgliedschaft in Sportvereinen und dergleichen darunter.<sup>847</sup> Außer dem Abschluß von Rechtsgeschäften gehörte auch die Geltendmachung von Ansprüchen aus derartigen Rechtsgeschäften, etwa von Ansprüchen aus positiver Vertragsverletzung, dazu.<sup>848</sup>

§ 38 I Nr. 4 SGB VIII/KJHG a.F. brachte schon bisher deutlich zum Ausdruck, daß die grundlegende Entscheidung in bedeutsamen Fragen, zum Beispiel in bezug auf die Aufnahme eines Berufsausbildungs- oder Arbeitsverhältnisses oder in bezug auf den

<sup>844</sup>OLG München, MDR 1998, 1353; Schwab, FamRZ 1998, 458 ff

<sup>845</sup>Palandt-Heinrichs, vor § 104, 2

<sup>846</sup>Krug/Grüner/Dalichau, § 38, II 2

<sup>847</sup>MüKo-BGB-Hinz, § 38 SGB VIII/KJHG, 4; Münder, § 38, 12

<sup>848</sup>Krug/Grüner/Dalichau, § 38, II 2



Besuch einer Tageseinrichtung dem Inhaber der Personensorge obliegt.<sup>849</sup> - Gleiches dürfte, obwohl nirgends ausdrücklich erwähnt, für die Anschaffung von sogenanntem *Sonderbedarf* im Sinn von § 1613 II 1 BGB gelten.

Weil § 1688 I 1 BGB n.F. eine Pflegeperson mit Befugnissen ausstattet, wie sie bisher in § 38 I Nr. 1 SGB VIII/KJHG normiert waren,<sup>850</sup> kann wohl davon ausgegangen werden, daß der nunmehr verwendete Begriff "Angelegenheiten des täglichen Lebens" auch die "Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens" (§ 38 SGB VIII/KJHG) umfaßt. Gemäß den Gesetzgebungsmaterialien<sup>851</sup> gehören die in § 1688 I 2 und 3 BGB n.F. aufgezählten Befugnisse und Rechte *nicht* zu den *Angelegenheiten des täglichen Lebens*. Der Begriff "geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens" (§ 1903 III 2 BGB) markiert die Untergrenze und der Umfang der "Schlüsselgewalt" (§ 1357 I 1 BGB) skizziert, wie mir scheint, eher die Obergrenze, weil die "Schlüsselgewalt" auf die Bedürfnisse einer ganzen Familie zugeschnitten ist. Der Ausdruck "in ... Angelegenheiten ... vertreten" ermächtigt meines Erachtens auch zu *rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen*,<sup>852</sup> wie zum Beispiel einer Mahnung (§ 284 I BGB), einer Fristsetzung (§ 326 I 1 BGB), einer Mängelanzeige (§§ 478 I, 651 g I 1 BGB, § 11 Nr. 10 e AGBG), weil diese Handlungen mit Rechtsgeschäften in engem Zusammenhang stehen. Wenn § 1688 I 1 BGB n.F. die Pflegepersonen zum selbständigen Abschluß von bestimmten Rechtsgeschäften ermächtigt, gestattet er den Pflegepersonen erst recht die bloße Mitwirkung an solchen Rechtsgeschäften in Form der Genehmigung gem. § 108 I BGB.

4.3 Nach vorherrschender Ansicht stellt § 1688 I 1 BGB n.F. zwar ebensowenig wie § 38 I Nr. 1 SGB VIII/KJHG a.F. eine gesetzliche Befugnis im eigentlichen Sinn dar, sondern gibt lediglich eine *vermutete rechtsgeschäftliche Erklärung* seitens der leiblichen Eltern wieder, mit der die *elterliche Sorge zur Ausübung übertragen* wird.<sup>853</sup> Daß die Pflegeperson die übertragene elterliche Sorge nicht in vollem Umfang persönlich ausüben muß, ergibt sich aus den Rechtsnormen über die Vertretung und Vollmacht, den Dienstvertrag und den Auftrag. Danach kommt grundsätzlich eine Stellvertretung in sämtlichen Bereichen rechtsgeschäftlichen<sup>854</sup> und rechtsgeschäftsähnlichen<sup>855</sup> Handelns in Betracht, es sei denn, es stehen gesetzliche Verbote einer Stellvertretung entgegen. Solche Verbote bestehen zum einen in denjenigen Fällen, in denen ein Gesetz eine Erklärungsabgabe verlangt, zum Beispiel § 1311 BGB n.F. für die Eheschließung, zum anderen

<sup>849</sup>MüKo-BGB-Hinz, § 38 SGB VIII/KJHG, 4; Münder, § 38, 14

<sup>850</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 108

<sup>851</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 169 und 108

<sup>852</sup>Palandt-Heinrichs, vor § 104, 6

<sup>853</sup>Windel, FamRZ 1997, 713, 719, Fn 92 u. 93; Münder, § 38, 2

<sup>854</sup>Staudinger-Schilken, Vorbem. zu §§ 164 ff, 40

<sup>855</sup>Palandt-Heinrichs, vor § 164, 3

in denjenigen seltenen Fällen, in denen die Zulässigkeit einer Stellvertretung an der Natur des Rechtsgeschäfts scheitert, was heute nur noch hinsichtlich der Zustimmung des anderen Ehegatten gem. §§ 1365 I, 1366 I und 1369 BGB zutrifft.<sup>856</sup> Für die Vertretung in Angelegenheiten des täglichen Lebens sind die genannten gesetzlichen Verbote ganz offensichtlich nicht einschlägig.

Inwieweit die Pflegeperson *im Rahmen* ihrer Vertretungsmacht *Untervollmacht* erteilen darf und ob sie Rechtsgeschäfte, die Dritte als Vertreter ohne Vertretungsmacht für das Kind abgeschlossen haben, *gem. § 177 I BGB* genehmigen darf, hängt von der Interpretation der Hauptvollmacht ab. In Ermangelung einer besonderen Gestattung kommt es dabei hauptsächlich darauf an, ob der Vollmachtgeber erkennbar ein besonderes Interesse an der persönlichen Wahrnehmung der Angelegenheit durch den Bevollmächtigten hat.<sup>857</sup> Je geringer dieses Interesse ist, um so eher wird ein Recht zur Erteilung einer Untervollmacht für einzelne Angelegenheiten anzunehmen sein; die selbständige Wahrnehmung *aller* Angelegenheiten durch Untervertreter wird jedoch mit Rücksicht auf §§ 613, 664 BGB *nur in Ausnahmefällen* zulässig sein.<sup>858</sup> Wenn pflichtbewußte Pflegeeltern Dritte für einige wenige Angelegenheiten des täglichen Lebens mit einer Untervollmacht versehen, geben sie nicht "das Heft aus der Hand", soweit nicht die Gefahr besteht, daß beliebige Dritte über das Kind bestimmen und die leiblichen Eltern rechtsgeschäftlich in einer Weise verpflichten, die weder diese noch die Pflegeeltern kontrollieren können. Unter solchen Umständen wird man wohl regelmäßig vom stillschweigenden Einverständnis der leiblichen Eltern ausgehen können. Soweit die leiblichen Eltern aber nicht zustimmen wollen, können sie gem. § 1688 III 1 BGB n.F. die Vertretung der Pflegepersonen durch Dritte mittels einer *Erklärung* ausschließen.

Macht eine Einschränkung des Vertretungsrechts der Pflegeeltern eine dem Wohl des Minderjährigen förderliche Erziehung unmöglich, kann das *Jugendamt* gem. § 38 SGB VIII/KJHG n.F. (= § 38 II SGB VIII/KJHG a.F.) *als Vermittler* eingeschaltet werden. Auch das *Familiengericht* kann die Befugnisse der Pflegeperson, Untervollmachten zu erteilen, einschränken oder ausschließen, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist (§ 1688 III 2 BGB n.F.). Mit dem Erlaß einer gerichtlichen Verbleibensanordnung gem. § 1632 IV BGB verliert neuerdings ein Inhaber der elterlichen Sorge gem. § 1688 IV BGB n.F. das Recht, die Vertretungsmacht der Pflegepersonen gem. § 1688 III 1 BGB n.F. einzuschränken.

Die Befugnis zur Erteilung einer *Untervollmacht außerhalb* des gegenständlichen

---

<sup>856</sup> Staudinger-Schilken, Vorbemerkung zu §§ 164 ff, 40, 41

<sup>857</sup> MüKo-BGB-Thiele, § 167, 77, Fn 142; BGH, WM 1959, 377

<sup>858</sup> MüKo-BGB-Thiele, § 167, 77

Rahmens der in § 1688 I 1 BGB n.F. bzw. § 38 I Nr. 1 SGB VIII/KJHG a.F. normierten vermuteten Hauptvollmacht bedarf einer eindeutigen anderweitigen Erklärung seitens des Inhabers der elterlichen Sorge.<sup>859</sup>

4.4 § 1688 I 1 BGB n.F. berechtigt die Pflegeperson "*zu entscheiden*". Eine Entscheidung ist eine auf einen tatsächlichen Erfolg ausgerichtete Erklärung, deren Rechtsfolgen kraft Gesetzes eintritt, gleichgültig, ob sie vom Erklärenden gewollt sind oder nicht. Im Gegensatz dazu treten bei einem Rechtsgeschäft die Rechtsfolgen ein, weil sie gewollt sind. Die Entscheidung ist als "geschäftsähnliche Handlung" eine "*Rechtshandlung*".<sup>860</sup> Entgegen dem ersten Anschein ist die Entscheidungsbefugnis der Pflegeeltern im § 1688 I 1 BGB n.F. aber nicht neu. Zwar hatte § 38 SGB VIII/KJHG a.F. keineswegs explizit von "entscheiden" gesprochen, doch war im Rahmen der exemplarischen Aufzählung unter Nummer 4 von Rechtshandlungen im Zusammenhang mit dem Besuch einer Tageseinrichtung oder der Schule die Rede. Zu solchen Rechtshandlungen zählten Entscheidungen beispielsweise über die Teilnahme des Pflegekindes an Sportfesten und Schulausflügen.<sup>861</sup> Daraus wird ersichtlich, daß im Rahmen des § 38 SGB VIII/KJHG a.F. bereits vor der Kindschaftsrechtsreform den Pflegepersonen die Entscheidungsbefugnis sinngemäß zustand.

4.5 Zusätzlich zu den in § 1688 I 1 BGB n.F. normierten Rechten, in Angelegenheiten des täglichen Lebens zu entscheiden, sowie den Inhaber der elterlichen Sorge in solchen Angelegenheiten zu vertreten, erhalten die Pflegepersonen durch § 1688 I 2 BGB n.F. die bisher in § 38 I Nrn. 2 und 3 SGB VIII/KJHG a.F. geregelten Befugnisse, den Arbeitsverdienst des Jugendlichen zu verwalten und Unterhalts-, Versicherungs-, Versorgungs- und andere Sozialleistungen für den Minderjährigen geltend zu machen und zu verwalten.<sup>862</sup>

§ 1688 I 2, F.1 BGB n.F. betrifft die *Verwaltung des Arbeitsverdienstes* des Jugendlichen durch die Pflegeperson. Die neue Vorschrift erfaßt ebenso wie § 38 I Nr. 2 SGB VIII/KJHG a.F. die Verwaltung des Einkommens des Pflegekindes aus allen in den Anwendungsbereich der §§ 112, 113 BGB fallenden Tätigkeiten.<sup>863</sup> *Verwalten bedeutet* Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten<sup>864</sup> im Gegensatz zur Vermögensumschichtung zur Ausnutzung von Substanzwertsteigerungen.

<sup>859</sup>MüKo-BGB-Thiele, § 167, 78, Fn 143; KG, HRR 1941, Nr. 468

<sup>860</sup>Palandt-Heinrichs, Überblick vor § 104, 4 und 6

<sup>861</sup>MüKo-BGB-Hinz, § 38 SGB VIII/KJHG, 4; Schellhorn/Wienand, § 38, 8

<sup>862</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 108 und 169

<sup>863</sup>Krug/Grüner/Dalichau, § 38 II 2

<sup>864</sup>BFH v. 17.04.1973, BStBl 1973 II S. 260

Erwerbsgeschäft im Sinn von § 112 BGB ist jede erlaubte, selbständige berufsmäßig ausgeübte und auf Gewinn gerichtete Tätigkeit.<sup>865</sup> § 112 erfaßt daher auch die selbständige Ausübung eines künstlerischen Berufs und die Tätigkeit als selbständiger Handelsvertreter i.S.v. § 84 I HGB.<sup>866</sup> Die *Vermietung und Verpachtung* und die entgeltliche *Darlehenshingabe* im Rahmen der Vermögensverwaltung gehören *nicht* dazu. Zu den Einkünften aus einem *Dienst- und Arbeitsverhältnis* im Sinn von § 113 BGB zählen Löhne, auch aus Nebentätigkeiten oder Ferienjobs, Gehälter aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis,<sup>867</sup> Gratifikationen und Tantiemen. Berufsausbildungsverträge sieht man zwar nicht als von § 113 BGB erfaßt an, weil bei ihnen gem. § 1 II BerBiG die Ausbildung im Vordergrund steht,<sup>868</sup> doch wurden *Ausbildungsvergütungen* zum Arbeitsverdienst i.S.v. § 38 SGB VIII/KJHG a.F. gerechnet.<sup>869</sup> Da der Begriff "Arbeitsverdienst" unverändert in § 1688 I 2 BGB n.F. übernommen wurde, ergibt sich hinsichtlich der *Ausbildungsvergütungen* keine Änderung.

"*Geltendmachen*" oder einklagen darf die Pflegeperson den Arbeitsverdienst allerdings *nicht*. Die Teilgeschäftsfähigkeit nach §§ 112, 113 BGB umfaßt auch die Vertragsabwicklung. Damit kann der Jugendliche selbst kündigen, der Kündigung widersprechen, Ausgleichsquittungen erteilen,<sup>870</sup> Vergleiche schließen<sup>871</sup> und, soweit er sich gem. §§ 112, 113 BGB vertraglich binden kann, Prozesse führen.<sup>872</sup>

§ 1688 I 2, F.2 BGB n.F. überträgt die bislang in § 38 I Nr. 3 SGB VIII/KJHG a.F. normierte Befugnis der Pflegeeltern, Unterhalts-, Versicherungs-, Versorgungs- und andere Sozialleistungen für das Pflegekind *geltend zu machen und zu verwalten*. Die genannten *Unterhaltsleistungen* umfassen sowohl Sozialleistungen, wie zum Beispiel die Ausbildungsförderung nach dem BAföG, das Kindergeld<sup>873</sup> und das Pflegegeld, das der Träger der Jugendhilfe bewilligt,<sup>874</sup> sowie Unterhaltsleistungen, jedoch nur *gegenüber anderen Personen als dem Inhaber der Personensorge*.

Diese Einschränkung hängt damit zusammen, daß die Pflegepersonen als Vertreter des Sorgeberechtigten und als Untervertreter des Kindes<sup>875</sup> handeln, so daß die Pflegepersonen

---

<sup>865</sup> Scheerer, BB 1971, 981; Palandt-Heinrichs, § 112, 3

<sup>866</sup> Palandt-Heinrichs, § 112, 3; BAG, NJW 1964, 1641

<sup>867</sup> Palandt-Heinrichs, § 113, 2

<sup>868</sup> Staudinger-Dilcher, § 113, 5; MüKo-BGB-Gitter, § 113, 7

<sup>869</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 38 SGB VIII/KJHG a.F., 4; Schellhorn/Wienand, § 38, 8

<sup>870</sup> LAG Hamm, DB 1971, 779

<sup>871</sup> Palandt-Heinrichs, § 113, 4

<sup>872</sup> Thomas-Putzo, § 52, 2

<sup>873</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 38 SGB VIII/KJHG, 4

<sup>874</sup> Krug/Grüner/Dalichau, § 38 II 2

<sup>875</sup> Schwab, A 90

keine vom Inhaber der Personensorge losgelöste (unabhängige) Rechtsposition besitzen. Es besteht daher eine *Interessenkollision*, die in den Anwendungsbereich des § 181 BGB fällt. Denn § 181 ist nach seinem Sinn und Zweck auch dann einschlägig, wenn der Vertreter, der einen Anspruch des Vertretenen geltend zu machen beabsichtigt, sich zu diesem Zweck eines Untervertreters bedient, dessen Vertretungsmacht auf einer vermuteten rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung beruht,<sup>876</sup> da hierdurch die nach dem Normzweck im Vordergrund stehende Gefahr der eigennützigen Bewertung der kollidierenden Interessen nicht gebannt wird. Trotz der vermuteten Erteilung der Untervollmacht bleibt der Inhaber der Personensorge<sup>877</sup> als gesetzlicher Vertreter an der Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs beteiligt, weil er regelmäßig die Möglichkeit hat, auf die Sachentscheidung der Pflegeeltern als vermutlich von ihm bestellte Untervertreter Einfluß zu nehmen, unabhängig davon, ob er von dieser Möglichkeit tatsächlich Gebrauch macht. Weil die Interessenkollision auch abstrakt-generell tatbestandlich erfaßbar ist, gebietet der Normzweck des § 181 BGB hier eine entsprechende Anwendung.<sup>878</sup>

Die Konstellation ähnelt hier derjenigen in einem Unterhaltsrechtsstreit, in dem ein Minderjähriger denjenigen auf Unterhalt verklagt, der im gleichen Rechtsstreit als sein gesetzlicher Vertreter fungiert; in diesen Fällen ist wegen der zwischen dem Minderjährigen und seinem gesetzlichen Vertreter bestehenden Interessenkollision gem. § 1909 I BGB stets die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich.<sup>879</sup>

Daher darf nur ein bestellter *Ergänzungspfleger* Unterhaltsansprüche des Pflegekinds gegen den Inhaber der elterlichen Sorge geltend machen, so daß den Pflegeeltern als solchen diese Befugnis nicht zusteht.

Zusätzlich berechtigt § 1688 I 2, F.2 BGB n.F., sozusagen als "Annexkompetenz", die Pflegeeltern zur *Stellung des Antrags auf Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft* gem. § 4 I 1 SchwbG, da die Gewährung zahlreicher Leistungen und Vergünstigungen von einer behördlichen oder gerichtlichen Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft abhängt. Als weitere "Annexkompetenz" beinhaltet meines Erachtens § 1688 I 2, F.2 BGB n.F. das Recht der Pflegeperson, ein selbständiges *Beweisverfahren im Sinn der §§ 485 ff ZPO* zu beantragen, weil es die etwaige spätere Geltendmachung von Ansprüchen, die in den Anwendungsbereich des § 1688 I 2, F.2 BGB fallen, erleichtert.

Zur Geltendmachung der betreffenden Ansprüche gehört meines Erachtens die Befugnis

---

<sup>876</sup>Windel, FamRZ 1997, 713, 719, Fn 92 und 93; Münder, § 38, 13

<sup>877</sup>BGH, NJW 1953, 1546

<sup>878</sup>MüKo-BGB-Thiele, § 181, 21, Fn 45; OLG Frankfurt a. M., OLGZ 1974, 347 = DNotZ 1974, 435

<sup>879</sup>Palandt-Diederichsen, § 1909, 5

der Pflegeperson, die Ansprüche vor Behörden geltend zu machen und gegebenenfalls *vor* den zuständigen *Gerichten einzuklagen*. Üblicherweise wird es sich um Ansprüche gegen Versorgungswerke,<sup>880</sup> um Ansprüche gegenüber dem Jugendamt auf zusätzliche Erziehungshilfe<sup>881</sup> oder um Schadensersatzansprüche handeln. Zur Geltendmachung gehört meines Erachtens auch die Durchsetzung im Weg der *Zwangsvollstreckung* aus vollstreckbaren Titeln, die einen dieser Ansprüche zum Gegenstand haben.

Die Geltendmachung eines unter § 1688 I 2, F.2 BGB n.F. fallenden Anspruchs ist meines Erachtens ausschließlich so zu verstehen, daß die Pflegeeltern *nicht* das Recht besitzen, Dritten eine in den Anwendungsbereich des § 1688 I 2, F.2 BGB n.F. fallende Schuld zu *erlassen* (§ 397 I BGB). Ein *Abfindungsvergleich* (§ 779 I BGB), den eine Pflegeperson im Rahmen der Geltendmachung eines Anspruchs (§ 1688 I 2 BGB n.F.) schließt, basiert definitionsgemäß auf *gegenseitigem Nachgeben* und beinhaltet somit auch erlaßähnliche Elemente. Ein solcher Vergleich kann, denkt man an die Spätfolgen eines Verkehrsunfalls, weitreichende Risiken für das geschädigte Kind in sich bergen,<sup>882</sup> denn die Rechtsprechung läßt lediglich den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB zu, und das auch nur dann, wenn die Spätschäden zu einem unerträglichen Mißverhältnis zwischen Schaden und Vergleichssumme führen, so daß ein Festhalten am Vergleich für den Geschädigten eine unzumutbare Härte bedeuten würde.<sup>883</sup> Dennoch dürfen Pflegeeltern einen Abfindungsvergleich im Namen und für Rechnung des Pflegekinds *selbständig schließen*; denn seit der Kindschaftsrechtsreform ist das Zustimmungserfordernis mit der Streichung des § 38 III SGB VIII/KJHG weggefallen. Auch wenn man davon ausgeht, daß die Rechte der Pflegeeltern abgeleitete Rechte sind, ändert sich an dieser Feststellung nichts; für einen Vergleich benötigen auch die leiblichen Eltern keine vormundschaftliche Genehmigung, weil § 1643 I BGB den einschlägigen § 1822 Nr. 12 BGB ausdrücklich ausnimmt. Wollte man das *Risiko* für das Kind *begrenzen*, müßte man eine entsprechende Regelung in den *Pflegevertrag* aufnehmen.

Je nach Art des streitigen Anspruchs kommen als zuständige Gerichte neben den Amts- und Landgerichten auch die Verwaltungsgerichte, zum Beispiel in Bezug auf Leistungen der Jugendhilfe (vgl. § 188 VwGO), und die Sozialgerichte vor allem in Bezug auf Leistungen der Sozialversicherungen (§ 51 SGG) in Betracht.

Ebenso wie den Arbeitsverdienst darf die Pflegeperson auch die Unterhalts-, Versicherungs-, Versorgungs- und sonstigen Leistungen des Pflegekinds *verwalten*. Weil das

---

<sup>880</sup> Krug/Grüner/Dalichau, § 38 II 2

<sup>881</sup> Krug/Grüner/Dalichau, § 38 II 1

<sup>882</sup> Köhler, SchR II, S. 165/166

<sup>883</sup> BGH, NJW 1984, 115

Recht der Pflegeperson vom Recht des Inhabers der elterlichen Sorge abgeleitet ist, ist *1642 BGB analog* anzuwenden. Danach haben die Pflegeeltern das ihrer Verwaltung unterliegende Geld des Kindes nach den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung anzulegen, soweit es nicht zur Bestreitung von Ausgaben bereitzuhalten ist. Dadurch eröffnen sich für die Pflegeperson größere Variationsmöglichkeiten als sie einem Vormund in den §§ 1806, 1807 BGB zugestanden werden. Sie kann, wenn im *Pflegevertrag* nichts Abweichendes vereinbart wurde, mit dem Geld des Pflegekinds zum Beispiel *ausländische Wertpapiere* oder *Kunstwerke* kaufen oder auf Rechnung des Pflegekinds *Termingeschäfte* abschließen und mit den Gewinnchancen auch das *Risiko* beträchtlich erhöhen. Dies ist bedenklich.

4.6 Die §§ 1688 I 3, 1629 I 4 BGB n.F. enthalten ebenso wie § 38 I, Nr. 5 SGB VIII/KJHG a.F. eine Klausel zur Wahrung der Rechte des Kindes bei *Gefahr in Verzug*.<sup>884</sup> Das BGB definiert diesen Begriff nicht. In Anlehnung an Art. 2 I BayPAG ist *Gefahr* eine Sachlage, die bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens im Einzelfall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung der Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung führt, aber auch eine Sachlage, aus der nach allgemeiner Lebenserfahrung konkrete Gefahren entstehen können.<sup>885</sup> Von "*Gefahr in Verzug*" wird dort gesprochen, wo zur Verhinderung eines Schadens sofort eingegriffen werden muß und ein Abwarten die Effektivität der Maßnahme in Frage stellte oder jedenfalls einschränkte.<sup>886</sup> Gefahr in Verzug im Sinn von § 98 StPO besteht dann, wenn die richterliche Anordnung nicht eingeholt werden kann, ohne daß der Zweck der Maßnahme gefährdet wird.<sup>887</sup> Öffentliche Sicherheit i.S.v. Art. 2 I BayPAG umfaßt unter anderem die Unversehrtheit des Lebens, der Gesundheit, Ehre, Freiheit und des Vermögens.<sup>888</sup> Auf das Pflegeverhältnis übertragen bedeutet dies: Eine Gefahr in Verzug liegt dann vor, wenn sofort eingegriffen werden muß, um einen Schaden für absolute Rechtsgüter oder das Vermögen des Kindes zu verhindern, und eine Zustimmung seitens der leiblichen Eltern ohne Gefährdung des Zwecks der Maßnahme nicht eingeholt werden kann.

In den Anwendungsbereich der Norm fallen sowohl Handlungen wie zum Beispiel die Einwilligung in eine Notoperation des Pflegekinds<sup>889</sup> als auch Erklärungen zur Wahrung einer gesetzlichen oder vertraglichen Ausschuß- oder Verjährungsfrist.

Von der Art her gesehen kommen insbesondere diejenigen Handlungen in Betracht, mit

<sup>884</sup>Krug/Grüner/Dalichau, § 38 II/1; Schellhorn/Wienand, § 38, 9

<sup>885</sup>Berner/Köhler, Art. 2, Tz 2.2

<sup>886</sup>Steiner-Schenke, S. 188, 189

<sup>887</sup>Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 98, 6

<sup>888</sup>Berner/Köhler, Art. 2, Tz 2.2

<sup>889</sup>MüKo-BGB-Hinz, § 38 SGB VIII/KJHG, 4; Schellhorn/Wienand, § 38, 9; Münder, § 38, 15

denen oder aufgrund derer gem. § 209 BGB eine *Verjährung unterbrochen* wird. Dazu gehört unter anderem die Stellung eines *Antrags auf Erlaß eines Mahnbescheids* gem. § 688 I 1 ZPO. Zwar unterbricht die bloße Stellung eines Antrags auf Erlaß eines Mahnbescheids als solche die Verjährung nicht, wie sich § 209 II, Nr. 1 BGB im Umkehrschluß entnehmen läßt. Jedoch tritt gem. § 693 II, F.2 ZPO die Unterbrechungswirkung bereits mit der Stellung des Mahnantrags bei Gericht ein, falls die Zustellung "demnächst" erfolgt; andernfalls unterbricht gem. § 209 II, Nr. 1 BGB erst die Zustellung des Mahnbescheids im Mahnverfahren die Verjährung. Jedoch ist die Stellung des Mahnantrags kausal für die Zustellung des Mahnbescheids, so daß ein Mahnantrag zu denjenigen Rechtshandlungen zählt, aufgrund derer gem. § 209 BGB eine Verjährung unterbrochen wird.

Bemerkt eine Pflegeperson, daß durch den unmittelbar bevorstehenden Ablauf einer *Ausschlußfrist*<sup>890</sup> (z.B. §§ 121, 124, 148, 532, 626 II, 1944 I, 651 g BGB, § 355 I AO, § 47 I FGO, § 110 II AO, § 56 II FGO) dem Pflegekind ein Schaden entstünde, weil der gesetzliche Vertreter des Kindes den maßgebenden Termin übersehen hat und nicht mehr in der Lage ist, dafür zu sorgen, daß die Frist gewahrt wird, ist die Pflegeperson selbst berechtigt, das Notwendige zu tun.

Zu den Handlungen, die lediglich zu einem bestimmten *Zeitpunkt* wirksam erfolgen können, zählen beispielsweise die Stimmabgabe auf der Mitgliederversammlung eines eingetragenen Vereins (§ 32 BGB), die Ausübung des Stimmrechts auf der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft (§ 134 AktG), auf der *Gesellschafterversammlung einer GmbH* (§§ 47, 48 GmbHG) oder einer Generalversammlung einer eingetragenen Genossenschaft (§ 43 GenG). Auch in derartigen Fällen ist die Ausübung des Notvertretungsrechts durch die Pflegeeltern denkbar.

Schließlich umfassen die §§ 1688 I 3, 1629 I 4 BGB n.F. meines Erachtens diejenigen Handlungen, die erforderlich werden, weil das Verhalten des Schuldners die Durchsetzung des Anspruchs zu vereiteln oder erheblich zu erschweren droht, z.B. weil der Schuldner versucht, sich in das Ausland abzusetzen oder sein Vermögen in das Ausland zu verbringen. In solchen Fällen ermächtigen die §§ 1688 I 3, 1629 I 4 BGB n.F. die Pflegeeltern dazu, einen *Arrest* (§§ 916 ff ZPO) oder eine *einstweilige Verfügung* (§§ 935 ff ZPO) zu beantragen.

4.7 In einem *Verfahren vor dem Jugendgericht* gegen das Pflegekind besitzen die Pflegeeltern *kein Notvertretungsrecht*.<sup>891</sup> Denn die Pflegepersonen gehören nicht zu dem

<sup>890</sup> Palandt-Heinrichs, Überbl. v. § 194, 7

<sup>891</sup> Eisenberg, § 67, 6



Personenkreis, dem der insoweit abschließende § 48 II JGG ein Anwesenheitsrecht in der in Strafverfahren gegen Jugendliche gem. § 48 I JGG grundsätzlich nicht öffentlichen Hauptverhandlung einräumt; die Pflegeeltern zählen nicht zu den Erziehungsberechtigten i.S.v. § 67 I JGG, denen § 48 II 1 JGG die Anwesenheit in der Hauptverhandlung in ihrer Eigenschaft als Verfahrensbeteiligte gestattet. Da es sich folglich bei dem Anwesenheitsrecht der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter um ein höchstpersönliches Recht handelt, scheidet eine Vertretung in der Ausübung dieses Rechts begrifflich aus. Weil *niemand* die leiblichen Eltern in der Wahrnehmung dieses Rechts vertreten darf, räumen auch die §§ 1688 I 3, 1629 I 4 BGB n.F. bzw. § 38 I, Nr. 5 SGB VIII/KJHG a.F. den Pflegepersonen kein Anwesenheitsrecht in der Hauptverhandlung ein. Deshalb ist die von Wiesner vertretene Mindermeinung, wonach das gesetzliche Notvertretungsrecht die Pflegeeltern zur Teilnahme an der Hauptverhandlung in Vertretung der natürlichen Eltern ermächtigt, abzulehnen.

4.8 Nimmt ein Ehepaar ein Pflegekind bei sich auf, darf *jeder Ehegatte* die in § 1688 I BGB n.F. normierten Befugnisse *allein* ausüben, da § 1688 I 1 BGB n.F. von der "Pflegeperson" spricht. Weil dieses Merkmal auf jeden einzelnen Ehegatten zutrifft, stehen jedem Ehegatten die in § 1688 I BGB n.F. genannten Befugnisse nicht nur in Gemeinschaft mit dem anderen Ehegatten, sondern auch allein zu. Entsprechendes gilt hinsichtlich eines Ehepaares, das einen Minderjährigen im Rahmen der Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche gem. § 1688 II BGB n.F. i.V.m. § 35 a I 2, Nr. 3 SGB VIII/KJHG betreut; denn das Merkmal "eine Person, die im Rahmen der Hilfe nach ... § 35 a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 ... des Achten Buches Sozialgesetzbuch die Erziehung und Betreuung eines Kindes übernommen hat" (§ 1688 II BGB n.F.) ist bei jedem einzelnen Ehegatten erfüllt.

4.9 Nach wie vor sieht der Gesetzgeber davon ab, die Pflegeeltern generell mit Befugnissen hinsichtlich der *Bestimmung des Aufenthalts und des Umgangs* auszustatten.<sup>892</sup>

---

<sup>892</sup>Krug/Grüner/Dalichau, § 38 II/1

## 5. Schranken der Befugnisse der Pflegeeltern und der diesen gleichgestellten Personen

### 5.1 Einschränkungen der Befugnisse durch den Inhaber der elterlichen Sorge gem. § 1688 III 1 BGB n.F.

Weil es im Einzelfall zweckmäßig sein kann, die Rechte einer Pflegeperson zu modifizieren, hebt § 38 I SGB VIII/KJHG a.F. den Vorrang des Personensorgeberechtigten, § 1688 III 1, 1. Fall BGB n.F. den *Vorrang des Inhabers der elterlichen Sorge* jeweils gegenüber der Pflegeperson durch die Aussage hervor, daß die Pflegeperson das Entscheidungsrecht nach Absatz 1 lediglich *vorbehaltlich* einer abweichenden Erklärung des Personensorgeberechtigten bzw. nunmehr des Inhabers der elterlichen Sorge zusteht. Die abweichende *Erklärung*, die *formlos* erfolgen kann, hat, einerlei, ob sie einen einzelnen Fall betrifft<sup>893</sup> oder generell ausgesprochen wurde, zur Folge, daß die gesetzliche Regelvermutung des § 38 I SGB VIII/KJHG a.F. bzw. des § 1688 I BGB n.F. insoweit nicht gilt.<sup>894</sup> Da die Inhaber der elterlichen Sorge über *kein* besonderes *Anfechtungs- oder Widerrufsrecht* verfügen, kann die Erklärung ihre Wirkung jedoch nur dann voll entfalten, wenn sie im voraus, am besten vielleicht schon im *Pflegeplan*, abgegeben wurde. Sein vorrangiges Personen- und Vermögenssorgerecht eröffnet dem Inhaber der elterlichen Sorge die Möglichkeit, die Sorgeberechtigung der Pflegepersonen auch bei einem Fortbestand des Pflegeverhältnisses *völlig* auszuschließen.

Ein *Vormund oder Pfleger* ist *nicht* Inhaber der elterlichen Sorge<sup>895</sup> und besitzt daher auch im Fall der *Adoptionspflege* (§ 1744 BGB) nicht das Recht, die den Pflegepersonen gem. § 1688 I BGB n.F. zustehenden Befugnisse gem. § 1688 III 1 BGB n.F. einzuschränken oder auszuschließen. Gem. § 1751 I 5 BGB n.F. gilt § 1688 III BGB n.F. nur für den Annehmenden. Auch eine teleologische Auslegung des § 1688 I 1 BGB n.F. führt zu keinem anderen Ergebnis, da die Rechtsnorm allein bezweckt, den Vorrang des Inhabers der elterlichen Sorge zu wahren.<sup>896</sup> Weder ein Vormund noch ein Pfleger besitzt ein verfassungsrechtlich geschütztes Elternrecht.<sup>897</sup>

Gem. § 1688 III, 2. *Fall* BGB n.F. hat der Inhaber der elterlichen Sorge zusätzlich die Befugnis, das Entscheidungsrecht auch der in § 1688 II BGB n.F. genannten Personen einzuschränken. Hierbei handelt es sich um Heimleiter, Erzieher und Pflegepersonen, deren Aufgabe es ist, sich um seelisch behinderte Kinder und Jugendliche zu kümmern.

<sup>893</sup>Windel, FamRZ 1997, 713, 720

<sup>894</sup>MüKo-BGB-Hinz, § 38 SGB VIII/KJHG, 3; Münder, § 38, 4

<sup>895</sup>MüKo-BGB-Schwab, § 1793, 4

<sup>896</sup>BT-Drucksache, 13/4899, S. 58

<sup>897</sup>BK-Jestaedt, Art. 6 II und III, 87 u. 88

Um einem Mißbrauch vorzubeugen, hat der Gesetzgeber den § 1688 IV BGB n.F. geschaffen, demzufolge die natürlichen Eltern mit dem Erlaß einer Verbleibensanordnung gem. § 1632 IV BGB das Recht verlieren, gem. § 1688 III 1 BGB n.F. die Befugnisse der in § 1688 I und II BGB n.F. genannten Personen einzuschränken. Die Sonderregelung beruht auf der Erwägung, daß naturgemäß Konfliktsituationen drohten, wenn die biologischen Eltern auch nach dem Erlaß einer Verbleibensanordnung gem. § 1632 IV BGB weiterhin das Recht besäßen, die in § 1688 I BGB n.F. normierten Befugnisse der Pflegeeltern einzuschränken oder auszuschließen.<sup>898</sup> Den leiblichen Eltern verbleibt nach dem Ergehen der Verbleibensanordnung nur noch die Möglichkeit, Anordnungen des Familiengerichts gem. § 1688 III 2 BGB n.F. anzuregen.

Haben die natürlichen Eltern schon *vor* dem Erlaß der Verbleibensanordnung die vermutete rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung gem. § 1688 III 1 BGB n.F. wirksam eingeschränkt oder ausgeschlossen, erhebt sich die Frage, ob die Befugnisse der Pflegeeltern mit dem Erlaß der Verbleibensanordnung wieder aufleben. Dies aber trifft meines Erachtens nicht zu; denn wenn die biologischen Eltern von der Verbleibensanordnung noch nichts wußten, war die Anordnung nicht Ursache für die Einschränkung der Befugnisse. § 1688 IV BGB n.F. will nur der Konfliktsituation vorbeugen, deren Ursache die Anordnung ist.

## 5.2 Einschränkung der Befugnisse durch das Familiengericht gem. § 1688 III 2 BGB n.F.

Angesichts der allgemein gehaltenen Regelung in § 1688 I BGB n.F. besteht die Gefahr, daß die Sorgerechtsregelung den Erfordernissen des Einzelfalls widerspricht und gegen Art. 6 II GG oder den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößt.<sup>899</sup> Denkbar ist dies zum Beispiel dann, wenn die biologischen Eltern pflichtwidrig nicht von ihrem Erklärungsrecht Gebrauch machen oder wenn sie mit dem Erlaß einer Verbleibensanordnung das Recht verloren haben, die Befugnisse der Pflegeperson zu beschneiden. Um in solchen Fällen den Auftrag des staatlichen Wächteramtes erfüllen zu können, hat der Gesetzgeber eine gerichtliche Eingriffsmöglichkeit geschaffen, der zufolge das Vormundschaftsgericht gem. § 38 I SGB VIII/KJHG von sich aus die Befugnis der Pflegeperson einschränken oder ausschließen konnte. Im Rahmen der Kindschaftsrechtsreform ist die sachliche Zuständigkeit hierfür auf das Familiengericht übergegangen. Jedoch setzt § 1688 III 2 BGB n.F. nunmehr *expressis verbis* anders als § 1688 III 1 BGB n.F. in jedem Fall voraus, daß "das Wohl des Kindes" den Eingriff erfordert. Der unbestimmte Rechtsbegriff Kindeswohl dürfte auch hier ebenso zu verstehen sein, wie er an anderer Stelle des BGB, insbesondere

<sup>898</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 155

<sup>899</sup> Windel, FamRZ 1997, 713, 724

gem. § 1666 I 1 BGB n.F., zu verstehen ist. Insoweit erscheint die Vorschrift praktikabel. *Nicht* erwähnt wird in § 1688 III 2 BGB das *Vermögen des Kindes*. Dies mag wohl mit dem Wortlaut des Art. 6 II GG zusammenhängen, wonach der Staat nur darüber zu wachen habe, daß die Eltern ihrer Verpflichtung zur Pflege und Erziehung der Kinder nachkommen. Im Umkehrschluß ist also der Staat nicht verpflichtet, das Vermögen des Kindes zu schützen, weil es nicht unmittelbar der Pflege und Erziehung dient.<sup>900</sup> § 1688 III 2 BGB n.F. gestattet lediglich die Einschränkung und den Ausschluß pflegeelterlicher Befugnisse, nicht jedoch die *Erweiterung der Rechtsposition der Pflegeperson*. Deshalb kann sie auch nach dem Inkrafttreten der Kindschaftsrechtsreform weiterhin nur auf § 1666 BGB gestützt werden.<sup>901</sup>

### 5.3 Einschränkung der Befugnisse durch das Selbstkontrahierungsverbot gem. § 181 BGB

§ 181 BGB stellt eine allgemeine gesetzliche Einschränkung der Vertretungsmacht dar.<sup>902</sup> Primär verfolgt § 181 BGB den Zweck, der Gefahr der eigennützigen Bewertung der kollidierenden Interessen entgegenzuwirken. In allen Fällen, in denen die Interessenkollision auch abstrakt-generell tatbestandlich erfaßbar ist, gebietet der Normzweck des § 181 BGB eine *entsprechende* Anwendung.<sup>903</sup> Die Gefahr einer eigennützigen Bewertung der kollidierenden Interessen besteht dann, wenn *Pflegeeltern* in Ausübung ihrer Vertretungsrechte gem. § 1688 I BGB n.F. als *Untervertreter des Kindes*<sup>904</sup> mit dem Kind einen Vertrag abschließen.<sup>905</sup> Daher unterliegen Pflegeeltern selbst dann dem Verbot des Selbstkontrahierens gem. § 181 BGB, wenn sie lediglich als Untervertreter des Kindes auftreten.

Das Verbot des Selbstkontrahierens dürfen die Pflegeeltern *nicht durch die Erteilung von Untervollmachten umgehen*, weil § 181 BGB nach dem Sinn und Zweck auch dann einschlägig ist, wenn der Vertreter, der ein Rechtsgeschäft des vertretenen Pflegekindes mit sich selbst abzuschließen beabsichtigt, zu diesem Zweck einen Untervertreter für das Kind bestellt und mit diesem das Geschäft abschließt. Trotz der Erteilung der Untervollmacht bleibt die Pflegeperson als Vertreter am Vertretergeschäft beteiligt, da sie regelmäßig die Möglichkeit hat, auf die Sachentscheidung des von ihr bestellten Unterververtreters Einfluß zu nehmen, unabhängig davon, ob sie von dieser Möglichkeit tatsächlich Gebrauch macht.<sup>906</sup>

<sup>900</sup>Maunz-Düring, Art. 6, 24 b und 24

<sup>901</sup>Windel, FamRZ 1997, 713, 724

<sup>902</sup>Medicus, BGB-AT, S. 356

<sup>903</sup>MüKo-BGB-Thiele, 2. Aufl. 1984, § 181, 21, Fn 45; OLG Frankfurt a. M., OLGZ 1974, 347 = DNotZ 1974, 435

<sup>904</sup>Schwab, A 90

<sup>905</sup>Palandt-Heinrichs, § 181, 18; BayObLG, BB 1993, 746

<sup>906</sup>MüKo-BGB-Thiele, § 181, 21

Jedoch sind auch Fälle zulässigen Selbstkontrahierens denkbar. Dabei handelt es sich um Fälle, in denen das Selbstkontrahieren vom Gesetzgeber ausdrücklich erlaubt ist (*gesetzliche Gestattung*) § 3 III BerBG gestattet zum Beispiel den Eltern, mit ihren eigenen Kindern einen Berufsausbildungsvertrag zu schließen. Allerdings begünstigt die Vorschrift ihrem Wortlaut nach nur die Eltern, nicht jedoch den Vormund oder Pfleger und erst recht nicht die Pflegeperson.<sup>907</sup> Gegen eine analoge Anwendung auf eine Pflegeperson spricht § 1688 I BGB n.F. ebenso, wie schon bislang § 38 I, Nr. 4 SGB VIII/KJHG a.F., die beide deutlich zum Ausdruck bringen, daß die grundlegende Entscheidung in bedeutsamen Fragen, wozu auch die Aufnahme eines Berufsausbildungsverhältnisses zählt, nur dem Inhaber der Personensorge obliegt.<sup>908</sup>

Eine weitere Fallvariante zulässigen Selbstkontrahierens ist die *rechtsgeschäftliche Gestattung*. Sie kann in der Vollmacht enthalten sein oder durch eine besondere einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung erfolgen. Sie kann auch durch schlüssiges Handeln erklärt werden.<sup>909</sup> Zuständig für die Gestattung ist der Vertretene.<sup>910</sup> Bei einem Pflegeverhältnis könnte also das Kind, vertreten durch seinen gesetzlichen Vertreter, ein Insihgeschäft der Pflegeperson gestatten.

In denjenigen Fällen, in denen das Rechtsgeschäft dem Kind als dem Vertretenen lediglich einen *rechtlichen Vorteil* im Sinn von § 107 BGB bringt, ist das Selbstkontrahieren erlaubt, ohne daß es einer Gestattung bedarf.<sup>911</sup> Bei der Beurteilung dieser Frage ist allein auf die rechtlichen Folgen des Geschäfts abzustellen. Auf eine wirtschaftliche Betrachtung kommt es nicht an. Stehen dem Vorteil die Aufgabe eines Rechts oder die Begründung einer persönlichen Verpflichtung (rechtlicher Nachteil) gegenüber, bedarf das Geschäft auch dann der Zustimmung, wenn die Vorteile die Nachteile erheblich überwiegen.<sup>912</sup> Dies ist zum Beispiel bei allen Verpflichtungsgeschäften des Schuldrechts der Fall. Unerheblich sind nur mittelbar durch das Geschäft ausgelöste Nachteile wie die Steuerpflicht oder die Tierhalterhaftung.<sup>913</sup>

#### 5.4 Einschränkung der Befugnisse gegenüber verheirateten Pflegekindern durch § 1633 BGB

---

<sup>907</sup> Herkert, § 3, 29

<sup>908</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 38 SGB VIII/KJHG, 4; Münder, § 38, 14

<sup>909</sup> Palandt-Heinrichs, § 181, 17

<sup>910</sup> Palandt-Heinrichs, § 181, 18

<sup>911</sup> Palandt-Heinrichs, § 181, 9

<sup>912</sup> Palandt-Heinrichs, § 107, 2

<sup>913</sup> Palandt-Heinrichs, S. 107, 3

Die Überlassung der elterlichen Sorge an die Pflegeperson zur Ausübung stellt ein wesensgleiches Minus zur Vollübertragung dar. Nach dem Grundsatz "nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet" können die Befugnisse der Pflegepersonen nicht weiter als die Befugnisse der leiblichen Eltern reichen.<sup>914</sup> Werden Befugnisse der Eltern eingeschränkt, kann dies auch eine Einschränkung der Befugnisse der Pflegeperson bewirken. § 1633 BGB schränkt die Personensorge für einen Minderjährigen durch Heirat ein, so daß sich die Personensorge der Eltern nur mehr auf die Vertretung in den persönlichen Angelegenheiten beschränkt. Mit der Personensorge entfällt das Erziehungsrecht,<sup>915</sup> während die Vermögenssorge durch die Eheschließung unberührt bleibt.<sup>916</sup> Ausnahmen bestehen nur in denjenigen Fällen, in denen aufgrund eines Ehevertrags, zu dessen Abschluß ein Minderjähriger jedoch gem. § 1411 I 1 BGB der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf, das Gesamtgut gem. § 1421 I 1 BGB von dem anderen Ehepartner verwaltet wird.<sup>917</sup> Überträgt man diese Grundsätze auf § 1688 I 1 BGB n.F., bedeutet dies den *Wegfall der Entscheidungsbefugnisse in Angelegenheiten des täglichen Lebens*,<sup>918</sup> das heißt den Wegfall der Personensorge mit Ausnahme der Vertretung des Inhabers der elterlichen Sorge in alltäglichen Angelegenheiten.

Die *Vermögenssorge* im Sinn von § 1626 I BGB n.F. umfaßt alle Maßnahmen tatsächlicher und rechtlicher Art, die darauf abzielen, das Kindesvermögen zu erhalten, zu verwerten und zu vermehren.<sup>919</sup> Zum Kindesvermögen gehört unter anderem das, was das Kind aus Arbeit (§§ 112, 113 BGB) erwirbt,<sup>920</sup> sowie Renten,<sup>921</sup> das Vermögen als solches und Einkünfte daraus. Folglich haben die in § 1688 I 2 BGB n.F. genannten Befugnisse ausschließlich die Vermögenssorge zum Gegenstand; sie erfahren durch die Heirat des Pflegekindes keine Einschränkung.

Das *Notvertretungsrecht* (§ 1688 I 3 BGB n.F., § 1629 I 4 BGB n.F.) umfaßt sowohl die Personensorge einschließlich der Vertretung in Angelegenheiten der Personensorge und die Vermögenssorge, und wird durch § 1633 BGB nur insoweit es sich um die Vertretung in Personensorgesachen und die Vermögenssorge handelt, nicht eingeschränkt. Die restliche Personensorge, zum Beispiel in Form der Einwilligung in einen ärztlichen Heileingriff, <sup>922</sup> fällt weg.

---

<sup>914</sup> BT-Drucksache 11/6748, S. 81; Krug/Grüner/Dalichau, § 38 I 1

<sup>915</sup> Palandt-Diederichsen, § 1633, 3; LG Darmstadt, NJW 1965, 1235

<sup>916</sup> Palandt-Diederichsen, § 1633, 2

<sup>917</sup> Ermann-Michalski, § 1633, 3

<sup>918</sup> Palandt-Diederichsen, § 1626, 15 - 16

<sup>919</sup> Palandt-Diederichsen, § 1626, 19; KGJ 47, 39

<sup>920</sup> Palandt-Diederichsen, § 1626, 20; KGJFG 14, 426; Krug/Grüner/Dalichau, § 38 II 2

<sup>921</sup> OLG Hamm, FamRZ 1974, 31

<sup>922</sup> Palandt-Diederichsen, § 1626, 16; Kern, NJW 1994, 755

Nicht anders verhält es sich im Sonderfall der *Adoptionspflege* (§ 1744 BGB). Zum Zweck der leichteren Darstellung wird der Grundfall in *zwei Phasen* zerlegt. Die erste Phase reicht bis zur Einwilligung der leiblichen Eltern in die Annahme (§ 1747 BGB n.F.). Daran schließt sich die zweite Phase an, die bis zum Ausspruch der Annahme durch das Vormundschaftsgericht (§§ 1752, 1754 BGB n.F.) reicht.

Während der *ersten Phase* besteht ein reguläres Pflegeverhältnis mit Anwendung des § 1688 BGB n.F., wobei der Annehmende Pflegeperson ist. Er ist an Stelle des Inhabers der elterlichen Sorge berechtigt, in Angelegenheiten des täglichen Lebens zu entscheiden, sowie den Inhaber der elterlichen Sorge in solchen Angelegenheiten zu vertreten (§ 1688 I 1 BGB n.F.). Bis dahin ist der Fall unproblematisch.

Mit der Einwilligung der Eltern (*zweite Phase*) wird grundsätzlich das Jugendamt Amtsvormund (§ 1751 I 2, HS 1 BGB n.F.). Auf die Führung der Amtsvormundschaft sind die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, insbesondere jene über die Vormundschaft, anzuwenden (§ 56 I - III SGB VIII/KJHG n.F.). Ab diesem Zeitpunkt ist statt des Inhabers der elterlichen Sorge der Vormund personensorgeberechtigt. Der Vormund ist aber nicht Inhaber der elterlichen Sorge.<sup>923</sup> § 1688 I und III BGB n.F. setzen jedoch einen Inhaber der elterlichen Sorge voraus. Damit kann auf die zweite Phase der Adoptionspflege § 1688 I BGB n.F. nicht direkt angewendet werden. Um dennoch zu einer Sorgeberechtigung der Adoptionspflegeperson zu gelangen, könnte man daran denken, die Pflegeperson zu einem Vormund zu bestellen. Dazu besteht aber keine Möglichkeit, weil gem. § 1751 I 2, HS 1 BGB n.F. bereits das Jugendamt Vormund ist. Weil praktische Bedürfnisse die Ausstattung der Adoptionsbewerber mit beschränkten Entscheidungs- und Vertretungsbefugnissen gebieten, ordnete der Gesetzgeber die Anwendung des § 1688 I und III BGB n.F. für die Zeit der Adoptionspflege kraft Verweisung an (§ 1751 I 5 BGB n.F.),<sup>924</sup> der zufolge sich Adoptionsbewerber und Amtsvormund in der Personen- und Vermögenssorge teilen.

Im Fall der Heirat des minderjährigen (Adoptions-)Pflegekindes wird gem. § 1633 BGB sowohl die Personensorge des Annehmenden, einerlei, ob gedanklich der ersten oder zweiten Phase zugehörig, als auch parallel dazu, die des Vormunds, letztere wegen der Verweisung in § 1800 BGB auf § 1633 BGB, eingeschränkt.

*5.5 Die Auswirkungen des Gesetzes zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger (Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz) vom 25.08.1998 (BGBl. I, S. 2487) im Rahmen des § 1688 BGB n.F.*

---

<sup>923</sup>MüKo-BGB-Schwab, § 1793, 4

<sup>924</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 158

Der durch das Minderjährigenhaftungsbegrenzungs-gesetz eingefügte § 1629a BGB n.F. ermöglicht es volljährig gewordenen Personen im Grundsatz, die Haftung für Verbindlichkeiten, die die Eltern im Rahmen ihrer gesetzlichen Vertretungsmacht oder sonstige vertretungsberechtigte Personen im Rahmen ihrer Vertretungsmacht durch Rechtsgeschäfte oder eine sonstige Handlung mit Wirkung für das Kind begründet haben, oder die aufgrund eines während der Minderjährigkeit erfolgten Erwerbs von Todes wegen entstanden sind, zu beschränken (§ 1629a I 1, HS 1 BGB n.F.).

Zu den sonstigen vertretungsberechtigten Personen i.S.v. § 1629a I 1, HS 1 BGB n.F. gehören zwar auch Pflegeeltern, die allein aufgrund der gesetzlichen Vollmachtsvermutung des § 1688 BGB n.F. eine Vertretungsmacht besitzen; denn zu den sonstigen vertretungsberechtigten Personen i.S.v. § 1629a I 1, HS 1 BGB n.F. zählen nicht nur kraft Gesetzes vertretungsbefugte Personen, sondern auch Personen, die - sei es tatsächlich, sei es (wie im Fall des § 1688 BGB n.F.) aufgrund einer gesetzlichen Vermutung - von dem Inhaber der elterlichen Sorge rechtsgeschäftlich bevollmächtigt wurden; denn es spielt aus der Sicht des Kindes keine Rolle, von wem es im Einzelfall vertreten wurde.<sup>925</sup> Dennoch wird § 1629a BGB n.F., der am 01.01.1999 in Kraft trat,<sup>926</sup> im Rahmen des § 1688 BGB n.F. meines Erachtens aus folgenden Gründen keine Rolle spielen:

- Die Befugnis zur Vertretung des Inhabers der elterlichen Sorge und damit zur Untervertretung des Kindes<sup>927</sup> in Angelegenheiten des täglichen Lebens gem. § 1688 I 1 BGB n.F. betrifft allein Rechtsgeschäfte zur Deckung der persönlichen Bedürfnisse des Kindes mit der Folge, daß bei solchen Rechtsgeschäften entstehende Verbindlichkeiten gem. § 1629a II, F. 2 BGB n.F. ohnehin von der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung gem. § 1629a I 1, HS 1 BGB n.F. ausgenommen sind. Diese Ausnahme von der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung beruht darauf, daß das Kind bei derartigen Rechtsgeschäften nicht besonders geschützt zu werden braucht, da ihm deren Gegenwert unmittelbar zugute kommt.<sup>928</sup>
- Die Befugnis zur *Verwaltung* des Arbeitsverdienstes des Pflegekinds gem. § 1688 I 2, F. 1 BGB n.F. ermächtigt die Pflegepersonen nur zur Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten<sup>929</sup> im Unterschied zur Vermögensumschichtung zur Ausnutzung von Substanzwertsteigerungen und damit nicht zur Begründung von Verbindlichkeiten.
- Zu den Rechtsgeschäften, die Pflegeeltern gem. §§ 1688 I 3, 1629 I 4 BGB n.F. bei Gefahr in Verzug anstelle des Inhabers der elterlichen Sorge vornehmen dürfen, gehört in der

<sup>925</sup> Palandt-Diederichsen, § 1629a, 10

<sup>926</sup> Palandt-Diederichsen, § 1629a, 1

<sup>927</sup> Schwab, A 90

<sup>928</sup> Palandt-Diederichsen, § 1629a, 16; BT-Drucksache 13/5624, S. 13

<sup>929</sup> BFH v. 17.04.1973, BStBl. 1973, II S. 260



Praxis mangels Eilbedürftigkeit wohl kaum die Begründung von Verbindlichkeiten.

- Überschreiten die Pflegepersonen die Grenzen ihrer Vertretungsmacht gem. § 1688 BGB n.F. und wurde ihnen vom Inhaber der elterlichen Sorge für das betreffende Rechtsgeschäft oder für die betreffende Gruppe von Rechtsgeschäften auch keine gesonderte Vollmacht erteilt, findet § 1629a BGB n.F. ebenfalls keine Anwendung; denn dieser setzt gem. § 1629a I 1, HS 1 BGB n.F. ein Handeln einer vertretungsberechtigten Person im Rahmen ihrer Vertretungsmacht voraus. Daher scheidet § 1629a BGB n.F. aus, wenn eine Person ohne Vertretungsmacht oder unter Überschreitung der Grenzen ihrer Vertretungsmacht für das Kind handelt. Der Grund hierfür liegt meines Erachtens darin, daß in solchen Fällen das Kind als Vertretener ohnehin bereits durch die §§ 177 ff BGB<sup>930</sup> hinreichend geschützt ist und daher des Schutzes des § 1629a BGB n.F. nicht bedarf.

## **6. Die Folgen einer Überschreitung der Vertretungsmacht (§ 1688 I, Satz 1, 2. Fall, und Sätze 2 und 3 BGB n.F.) durch die Pflegeeltern**

§ 1688 BGB n.F. normiert ebenso wie § 38 SGB VIII/KJHG a.F. eine *vermutete rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung der Pflegeeltern* seitens des Inhabers der elterlichen Sorge,<sup>931</sup> so daß die Pflegeeltern als bevollmächtigte und nicht als gesetzliche Vertreter handeln. Nehmen Pflegepersonen als bevollmächtigte Vertreter mit Wirkung für und gegen das Kind als Vertretenem<sup>932</sup> ein Rechtsgeschäft vor, für das ihnen ihre in § 1688 I 1, F. 2 BGB n.F. und § 1688 I 2 und 3 BGB n.F. normierte vermutete Vollmacht keine Befugnis gibt, so liegt eine *Vollmachtsüberschreitung* vor,<sup>933</sup> die grundsätzlich die Wirksamkeit des Vertrags beeinflußt. Jedoch kann ungeachtet der Vollmachtsüberschreitung eine für den Vertretenen wirksame Rechtsfolge ausgelöst werden, falls die Grundsätze der *Rechtscheinsvollmacht* eingreifen;<sup>934</sup> dann wird ausnahmsweise der gute Glaube des Vertragspartners in das Entstehen oder Fortbestehen der Vertretungsmacht geschützt. Im BGB sind dies die Fälle der §§ 170 ff, sowie die von der Rechtsprechung entwickelten Fälle der Duldungs- und Anscheinsvollmacht und der Einräumung einer typischerweise mit einer Vollmacht verbundenen Stellung. § 170 BGB regelt die Wirkungskdauer der Vollmacht, indem er festlegt: "Wird die Vollmacht durch Erklärung gegenüber einem Dritten erteilt, so bleibt sie diesem gegenüber in Kraft, bis ihm das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird". - Vollmacht ist die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht (§ 166 II BGB); sie wird durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung begründet. Die lediglich vermutete rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung der Pflegepersonen gem. § 1688 BGB n.F. bzw. § 38 SGB VIII/KJHG a.F. wurde nicht vom Vollmachtgeber (hier:

<sup>930</sup> Palandt-Heinrichs, §§ 177, 178, 1; Erman-Brox, § 177, 3

<sup>931</sup> Windel, FamRZ 1997, 713, 719, Fn 92 und 93; Münder, § 38, 2

<sup>932</sup> Schwab, A 90

<sup>933</sup> Staudinger-Schilken, § 167, 89

<sup>934</sup> Staudinger-Schilken, § 167, 90; Palandt-Heinrichs, § 167, 10

dem gesetzlichen Vertreter oder dem Kind) gegenüber einem Dritten erteilt. § 170 BGB ist somit nicht einschlägig.

Voraussetzung für den Schutz des gutgläubigen Erklärungsempfängers (§ 173 BGB) gem. § 171 BGB ist entweder eine Mitteilung oder eine öffentliche Bekanntgabe der Außenvollmacht durch den Vollmachtgeber. Die besondere Mitteilung und die öffentliche Bekanntmachung sind geschäftsähnliche Handlungen, die, falls eine wirksame Vollmacht fehlt, zur Begründung einer Rechtsscheinsvollmacht führen.<sup>935</sup> - Vorliegend fingierte der Gesetzgeber eine Vollmacht der Pflegeperson für den Fall, daß der Inhaber der elterlichen Sorge nicht etwas anderes erklärt (§ 1688 I und III BGB n.F.). Weder eine besondere Mitteilung, noch eine öffentliche Bekanntmachung sind erfolgt. Auch § 171 BGB ist daher auf die Vollmacht einer Pflegeperson nicht anwendbar.

§ 172 BGB verlangt für die Erzeugung eines Rechtsscheins die Aushändigung einer Vollmachtsurkunde durch den Vollmachtgeber an den Vertreter und die Vorlage der Urkunde an einen Dritten. Vollmachtsurkunde ist ein unterschriebenes oder mit notariell beglaubigtem Handzeichen versehenes Schriftstück, das die Person des Bevollmächtigten und den Inhalt seiner Vollmacht bezeichnet.<sup>936</sup> - Im Rahmen eines Pflegeverhältnisses erhalten die Pflegeeltern vom Jugendamt gewöhnlich entweder eine "*Pflegebescheinigung*", aus der sich ergibt, welches Kind sich im Haushalt der namentlich bezeichneten Pflegeeltern befindet, oder eine jederzeit widerrufliche "*Pflegeerlaubnis*" für ein namentlich bezeichnetes Kind und dessen genau bezeichnete Pflegeeltern.<sup>937</sup> Keine der beiden Urkunden sagt etwas darüber aus, ob den Pflegepersonen die in § 1688 I BGB n.F. normierten Vertretungsbefugnisse tatsächlich zustehen oder ob die Vertretungsbefugnisse gem. § 1688 III BGB n.F. wirksam eingeschränkt oder gar ausgeschlossen wurden, sei es durch eine abweichende Erklärung seitens des Inhabers der elterlichen Sorge gem. § 1688 III 1 BGB n.F. oder sei es durch eine Anordnung des Familiengerichts gem. § 1688 III 2 BGB n.F. Deshalb stellt keine der beiden Urkunden eine Vollmachtsurkunde im Sinn von § 172 I BGB dar.

Darüber hinaus wird die sogenannte *Duldungs- und Anscheinsvollmacht* anerkannt. Das bedeutet, daß wenn ein Vertragspartner, der mit einem vollmachtlosen Vertreter ein Rechtsgeschäft getätigt hat, das Rechtsgeschäft zum Schutz des Vertragspartners für und gegen der Vertretenen wirkt, falls vier *Voraussetzungen* erfüllt sind:

- Der Vertreter muß im Namen des Geschäftsherrn die Willenserklärung abgegeben und

<sup>935</sup> Palandt-Heinrichs, §§ 171 - 173, 4; Erman-Brox, § 171, 6

<sup>936</sup> Palandt-Heinrichs, §§ 171 - 173, 5; Erman-Brox, § 172, 4

<sup>937</sup> wegen der beiden Muster: Oberloskamp, S 271 und 272

dadurch den Tatbestand einer Vertretung vorgespiegelt haben.

- Der Vertretene muß den Rechtsschein der Bevollmächtigung zurechenbar gesetzt haben; das heißt,
- in den Fällen der *Duldungsvollmacht* muß er sowohl gewußt haben, daß eine bestimmte Person als sein Vertreter auftritt, als auch die Möglichkeit der Verhinderung gehabt haben, und
- in den Fällen der *Anscheinsvollmacht* muß er sowohl die *Möglichkeit* der Kenntnisnahme vom Handeln des Vertreters als auch die Möglichkeit der Verhinderung gehabt haben.
- Der Vertragspartner kannte das Erlöschen der Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht, noch mußte er es kennen.
  - Der Vertretene mußte geschäftsfähig gewesen sein.<sup>938</sup>

Daß die ersten drei Voraussetzungen in der Praxis bei einem Pflegeverhältnis tatsächlich gleichzeitig erfüllt sein können, ist denkbar. Wie steht es aber mit der vierten Prämisse, der Geschäftsfähigkeit des Vertretenen?

Vertreten werden die Pflegekinder. Sie sind bis zum vollendeten siebten Lebensjahr geschäftsunfähig (§ 104, Nr. 2 BGB) und danach beschränkt geschäftsfähig (§ 106 BGB). Daraus könnte man folgern, daß Fälle von *Duldungs- oder Anscheinsvollmacht* im Zusammenhang mit § 1688 I BGB n.F. bei der Vertretung geschäftsunfähiger Kinder ausgeschlossen wären. Dies ist aber falsch; denn es gilt zu bedenken, daß die Pflegeeltern nicht nur als Untervertreter des Kindes, sondern gleichzeitig als Vertreter des Inhabers der elterlichen Sorge handeln.<sup>939</sup>

Der Inhaber der elterlichen Sorge handelt als gesetzlicher Vertreter des Kindes (§ 1629 I BGB n.F.) und ist nicht an den Willen des Kindes als Vertretenem gebunden.<sup>940</sup> Es kommt daher nicht darauf an, ob der Vertragspartner annehmen durfte, das Kind als Vertretener werde das Handeln der Pflegeperson als Untervertreter dulden und billigen.<sup>941</sup> Ausschlaggebend ist vielmehr, ob der Vertragspartner davon ausgehen durfte, daß der Inhaber der elterlichen Sorge als gesetzlicher Vertreter des Kindes das Handeln der Pflegeperson als Untervertreter dulden und billigen werde. Folglich setzt eine Duldungs- bzw. eine Anscheinsvollmacht im Fall der Untervertretung des Kindes durch eine Pflegeperson statt der Geschäftsfähigkeit des Kindes als Vertretenem die *Geschäftsfähigkeit des Inhabers der elterlichen Sorge* als Hauptvertreter voraus.

Ist ein *Elternteil geschäftsunfähig*, ruht die elterliche Sorge dieses Elternteils (§ 1673 I BGB),

<sup>938</sup> BayObLG, AnwBl 1992, 234; Palandt-Heinrichs, §§ 171 - 173, 12 u. 14

<sup>939</sup> Schwab, A 90

<sup>940</sup> Staudinger-Schilken, § 167, 91

<sup>941</sup> Palandt-Heinrichs, §§ 171 - 174, 14; BGH, NJW 1981, 1728 und 1998, 1854; BAGE 15, 305; BVerwG, NJW-RR 1995, 73; OLG Frankfurt a. M., WM 1997, 20

der andere Elternteil übt dann die elterliche Sorge im Rahmen des § 1678 BGB n.F. allein aus, so daß es für die Anwendbarkeit der Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht nur auf die Geschäftsfähigkeit dieses Elternteils ankommt. Ruhte auch die elterliche Sorge dieses Elternteils, erhielte das Kind einen *Vormund*, der aber nicht Inhaber der elterlichen Sorge ist. Damit wären die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 1688 BGB n.F. ohnehin nicht gegeben.

Ist ein *Elternteil in der Geschäftsfähigkeit beschränkt* (§ 1673 II BGB), ist er zur Vertretung des Kindes nicht berechtigt. Unter den Voraussetzungen der §§ 1678 I, 1626 I BGB n.F. übt dann der andere Elternteil die Vertretung allein aus. Ruhte auch die elterliche Sorge dieses Elternteils, erhielte das Kind einen Vormund, der aber nicht Inhaber der elterlichen Sorge ist. Damit wären die Voraussetzungen für die Anwendung des § 1688 BGB n.F. ebenfalls nicht gegeben.

Anders verhält es sich bei der *Adoptionspflege* (§ 1744 BGB). Zwar wird das Jugendamt mit der Einwilligung der Eltern in die Annahme Vormund und damit Inhaber der Personensorge, also nicht Inhaber der elterlichen Sorge. Doch ist gem. § 1751 I BGB n.F. § 1688 BGB n.F. entsprechend anzuwenden. Folglich ist ausnahmsweise die *Geschäftsfähigkeit des Vormunds* mitentscheidendes Kriterium bei der Prüfung der Voraussetzungen für eine Duldungs- bzw. Anscheinsvollmacht. Jedoch dürfen Geschäftsunfähige gem. § 1780 BGB nicht zu Vormündern bestellt werden; nach der Bestellung geschäftsunfähig gewordene Vormünder müssen gem. § 1886 BGB entlassen werden.

Aus der Tatsache, daß die *Anscheinsvollmacht* die Zurechnung eines *schuldhaft* erzeugten Rechtsscheins darstellt,<sup>942</sup> ergibt sich, daß der Vertretene gegen die im Verkehr erforderlichen Sorgfaltspflichten verstoßen haben muß. Dies setzt voraus, daß der Vertretene die *Möglichkeit* hatte, das vollmachtlose Handeln vorauszusehen und zu verhindern.<sup>943</sup> Er mußte konkrete Anhaltspunkte gehabt haben, daß die Pflegeeltern künftig ihre Vertretungsbefugnisse gem. § 1688 I BGB n.F. überschreiten werden. Solche Anhaltspunkte liegen insbesondere dann vor, wenn dem Inhaber der elterlichen Sorge bekannt ist, daß die Pflegepersonen in der Vergangenheit ihre in § 1688 I BGB n.F. normierten Vertretungsrechte überschritten haben, jedoch von niemandem über die Grenzen ihrer Vertretungsbefugnisse aufgeklärt wurden.

Nur selten wird wohl den leiblichen Eltern eine *mangelnde Überwachung der Pflegeeltern* zur Last gelegt werden können, weil die Pflegeeltern nicht in häuslicher Gemeinschaft mit den natürlichen Eltern leben und weil die Eltern wegen Abwesenheit, Krankheit, Aus-

<sup>942</sup> Palandt-Heinrichs, §§ 171 - 173, 14;

<sup>943</sup> Palandt-Heinrichs, §§ 171 - 173, 16; BGHZ 5, 116; BGH, NJW 1956, 1673

landsaufenthalts, Zeitmangels oder dergleichen zu einer Überwachung der Pflegeeltern außerstande sind.

Das die Anscheinsvollmacht erzeugende Verhalten muß von einer gewissen *Dauer und Häufigkeit* sein.<sup>944</sup> Der Rechtsschein der Bevollmächtigung muß auch noch im *Zeitpunkt* des vollmachtlosen Auftretens bestanden haben und für das Handeln des Vertragspartners *kausal* geworden sein.<sup>945</sup> Folglich muß der Vertragspartner regelmäßig die Tatsachen kennen, die auf eine Bevollmächtigung schließen lassen. Allerdings genügt es, wenn ihm von anderen die allgemeine Überzeugung von der Existenz einer Vollmacht mitgeteilt wurde. Dies setzt voraus, daß der Vertragspartner wußte, daß es sich bei dem Untervertreter des Kindes um dessen Pflegeperson handelt.

Ferner muß der Vertragspartner analog § 173 BGB *gutgläubig* gewesen sein. Falls er den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder aufgrund von Fahrlässigkeit (§ 276 I 2 BGB) nicht kannte, wird er nicht geschützt.<sup>946</sup>

Die Grundsätze der Anscheinsvollmacht gelten nicht, wenn der Vertreter *erkennbar die Grenzen seiner Vollmacht überschreitet*.<sup>947</sup> Ebenso wenig gelten sie regelmäßig für *ungeöhnliche Rechtsgeschäfte* und für *bedeutsame Verträge*, die eine intensive Vorbereitung erfordern,<sup>948</sup> wobei allerdings besondere Umstände eine abweichende Beurteilung rechtfertigen können.<sup>949</sup> In *Zweifelsfällen* muß sich der Vertragspartner beim Vertretenen erkundigen.<sup>950</sup>

*Geschäftsunfähige* (§ 104 BGB) können keinen rechtsgeschäftlichen Willen bilden und daher nicht Stellvertreter sein. Ihr Handeln kann dem Vertretenen aber unter Umständen nach Rechtsscheinsgrundsätzen zugerechnet werden. Der Vertretene haftet dem Vertragsgegner aus c.i.c., wenn er die Geschäftsunfähigkeit seines Vertreters kannte oder kennen mußte.<sup>951</sup> *Geschäftsunfähigkeit* der als Vertreter des Kindes fungierenden *Pflegeperson* dürfte aber in der Praxis nur selten vorkommen, da § 44 III 2 SGB VIII/KJHG das Jugendamt zur Rücknahme bzw. zum Widerruf der Pflegeerlaubnis verpflichtet, falls - was bei der Geschäftsunfähigkeit einer Pflegeperson auf der Hand liegt - das Wohl des Minderjährigen

<sup>944</sup> Palandt-Heinrichs, §§ 171 - 173, 15; BGH, NJW 1956, 1647 und 1998, 1854 und NJW-RR 1990, 404; OLG Dresden, NJW-RR 1995, 804

<sup>945</sup> Palandt-Heinrichs, §§ 171 - 173, 17; BGH, NJW 1956, 460 u. 1962, 100

<sup>946</sup> Palandt-Heinrichs, §§ 171 - 173, 18; BGH, NJW 1958, 2062, sowie 1982, 1513 und 1991, 2126; Erman-Brox, § 173, 5

<sup>947</sup> BGH, VersR 1965, 134; BAG, JZ 1961, 457

<sup>948</sup> BGH, NJW 1958, 2061

<sup>949</sup> BGH, NJW 1981, 1729

<sup>950</sup> OLG Köln, NJW - RR 1992, 915; Erman-Brox, § 173, 3

<sup>951</sup> Palandt-Heinrichs, § 165, 1

in der Pflegestelle gefährdet und die Pflegeperson außerstande ist, die Gefährdung abzuwenden.

Die Anscheinsvollmacht entfaltet die gleichen Wirkungen wie eine rechtsgeschäftliche Vollmacht.<sup>952</sup> Der geschaffene Vertrauenstatbestand bestimmt den Umfang der Anscheinsvollmacht, die endet, sobald der abweichende Wille des Vertretenen für den Vertragspartner erkennbar geworden ist.<sup>953</sup>

Eine Rechtsscheinsvollmacht hat zur Folge, daß die Willenserklärung der Pflegeperson unmittelbar für und gegen das Pflegekind wirkt (§ 164 I 1 BGB). Die Wirkungen dieser Vollmacht können nicht mittels einer *Anfechtung* beseitigt werden, weil der gesetzte Rechtsschein *nicht rückwirkend* (§ 142 I BGB) vernichtet werden kann;<sup>954</sup> denn wäre Rückwirkung möglich, wäre die Rechtsfigur der Rechtsscheinsvollmacht hinfällig.

*Schadensersatzforderungen* zugunsten des Pflegekinds können sich gegenüber den leiblichen Eltern aus § 1664 BGB, gegenüber dem Amtsvormund aus Art. 34 Sätze 1 und 2 GG, § 839 I und III BGB ergeben.<sup>955</sup> Gegen die Pflegeperson als Vertreter bestehen keine Ansprüche des Vertragspartners gem. § 179 BGB, weil dieser mit Vertretungsmacht gehandelt hat.<sup>956</sup>

Greifen die Grundsätze der Rechtsscheinsvollmacht nicht ein, hat eine *Überschreitung der Vollmacht* eine Anwendung der §§ 177 ff BGB zur Folge, denn die das Handeln ohne Vertretungsbefugnis regelnden §§ 177 ff BGB greifen auch dann ein, wenn ein Vertreter seine Vertretungsmacht (die nicht gem. §§ 125, 134 oder 138 BGB nichtig ist), bewußt oder unbewußt überschreitet.<sup>957</sup> § 1688 BGB n.F. gewährt dem Vertreter ebensowenig wie § 38 SGB VIII/KJHG a.F. ohne und nach Überschreiten der Vertretungsbefugnis einen besonderen Schutz, der Gesetzgeber sah sich nicht veranlaßt, das Rechtsverhältnis der Pflegeeltern in diesem Punkt näher zu regeln.

Nach Überschreiten der Vollmacht sind vier Varianten denkbar:

- Der Inhaber der elterlichen Sorge als gesetzlicher Vertreter des Kindes (§ 1629 I 1 BGB) *genehmigt* den Vertragsschluß durch die Pflegeperson. Die Genehmigung eines von einem

<sup>952</sup> Palandt-Heinrichs, §§ 171 - 173, 20; BGHZ 86, 275

<sup>953</sup> Palandt-Heinrichs, §§ 171 - 173, 19; Erman-Brox, § 173, 4

<sup>954</sup> Palandt-Heinrichs, §§ 171 - 173, 19; anderer Ansicht: Soergel-Leptien, § 167, Rn 22 und MüKo-BGB-Schramm, § 173, Rn 41

<sup>955</sup> Palandt-Diederichsen, § 1833, 1; BGHZ 100, 313; Deinert/Schreibauer, DAV 1993, 1143; Pardey, FamRZ 1989, 1030

<sup>956</sup> Palandt-Heinrichs, §§ 171 - 173, 20; BGHZ 86, 275; Erman-Brox, § 177, 3 und 179, 3

<sup>957</sup> Palandt-Heinrichs, §§ 177, 178, 1; Erman-Brox, § 177, 3; RG, JW 1937, 2036

Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossenen Vertrags (§ 177 I BGB) kann auch durch den gesetzlichen Vertreter des Vertretenen erfolgen;<sup>958</sup> sie hat zur Folge, daß der Vertrag in der Form zustande kommt, als ob die Pflegeperson als Vertreter von Anfang an eine Vertretungsbefugnis besessen hätte.<sup>959</sup>

- Der Inhaber der elterlichen Sorge *verweigert* die Genehmigung des Vertragsschlusses durch die Pflegeperson. Die Verweigerung der Genehmigung hat gem. § 177 I BGB die Unwirksamkeit des von der Pflegeperson als Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Vertrags zur Folge.<sup>960</sup> In einem solchen Fall haftet die Pflegeperson als Vertreter nach Wahl des Vertragspartners auf Erfüllung oder Schadensersatz (§ 179 I BGB),<sup>961</sup> wobei der Schadensersatzanspruch auf Geldersatz gerichtet ist und das Erfüllungsinteresse auch die Kosten eines erfolglosen Prozesses gegen den Vertretenen umfaßt.<sup>962</sup> Falls der Vertragspartner den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte, schließt § 179 III BGB eine Haftung der Pflegeperson als Vertreter ohne Vertretungsmacht aus.<sup>963</sup> Kannte die Pflegeperson als Vertreter das Fehlen der Vertretungsmacht nicht, sei es unverschuldet oder infolge Fahrlässigkeit, kommt eine Haftungsmilderung in Form einer Beschränkung der Haftung auf den Ersatz des negativen Interesses im Sinn von § 122 I BGB gem. § 179 II BGB in Betracht.<sup>964</sup>
- Der Vertragspartner fordert den Inhaber der elterlichen Sorge gem. § 177 II 1, HS 1 BGB zur Erklärung über die Genehmigung auf; der Inhaber der elterlichen Sorge genehmigt innerhalb der ihm gesetzten Ausschußfrist, die regelmäßig zwei Wochen beträgt,<sup>965</sup> nicht. Die Genehmigung gilt dann als verweigert (§ 177 II 2 BGB). In diesem Fall gleichen die Rechtsfolgen denen im Fall einer expliziten Verweigerung der Genehmigung des Vertrags gem. § 179 I BGB durch den Inhaber der elterlichen Sorge.<sup>966</sup>
- Bei Abschluß des Vertrags kannte der Vertragspartner den Mangel der Vertretungsmacht nicht; bevor der Vertrag vom Inhaber der elterlichen Sorge genehmigt wurde, erklärte der Vertragspartner, daß der Vertrag wegen des Vertretungsmangels nicht gelten soll (§ 178 BGB). Die Pflegeperson haftet nicht;<sup>967</sup> weil § 179 I BGB für die Haftung des Vertreters im Gegensatz zum vorliegenden Sachverhalt auf die Verweigerung der Genehmigung des Vertrags durch den Vertretenen abstellt.

---

<sup>958</sup> Palandt-Heinrichs, §§ 177, 178, 6;

<sup>959</sup> Palandt-Heinrichs, §§ 177, 178, 8; Erman-Brox, § 177, 19 u. 20

<sup>960</sup> Palandt-Heinrichs, § 179, 1; Erman-Brox, § 177, 23

<sup>961</sup> Palandt-Heinrichs, § 179, 5; Erman-Brox, § 179, 7

<sup>962</sup> Palandt-Heinrichs, § 179, 6; OLG Düsseldorf, NJW 1992, 1177

<sup>963</sup> Palandt-Heinrichs, § 179, 4; Erman-Brox, § 179, 15

<sup>964</sup> Palandt-Heinrichs, § 179, 7; Erman-Brox, § 179, 11 - 12

<sup>965</sup> Palandt-Heinrichs, §§ 177, 178, 5

<sup>966</sup> Palandt-Heinrichs, § 179, 1; Erman-Brox, § 179, 4

<sup>967</sup> Palandt-Heinrichs, § 179, 1; Reinicke/Tiedtke, DB 1988, 1203; anderer Ansicht: BGH, NJW 1988, 1200

Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft ist die Vertretung ohne Vertretungsmacht grundsätzlich unzulässig (§ 180 Satz 1 BGB). Ausnahmen regeln die Sätze 2 und 3 der Vorschrift.

## 7. Die Folgen eines Mißbrauchs der Vertretungsmacht durch die Pflegeeltern

Bei der Ausübung ihrer Vertretungsbefugnis gem. § 1688 I BGB n.F. haben die Pflegepersonen die im jeweiligen Innenverhältnis zum Inhaber der elterlichen Sorge geltenden Regeln zu beachten.<sup>968</sup> Bei dem *Innenverhältnis* zum Inhaber der elterlichen Sorge handelt es sich im Fall eines entgeltlichen Vertrags um einen gemischten schuldrechtlichen Vertrag mit dienst- und werkvertraglichen Elementen, im Fall eines unentgeltlichen Vertrags um einen Auftrag i.S.d. §§ 662 ff BGB und im Fall einer nicht auf einem Vertrag beruhenden Inobhutnahme des Kindes um eine Geschäftsführung ohne Auftrag i.S.d. §§ 677 ff BGB.<sup>969</sup> Falls es in Bezug auf die im jeweiligen Innenverhältnis geltenden Regeln zu einer Überschreitung der Grenzen des rechtlichen Hinnehmbaren kommt, liegt ein *Mißbrauch der Vertretungsmacht* vor.<sup>970</sup> Im Zusammenhang mit einem Pflegeverhältnis ist ein Mißbrauch beispielsweise dann möglich, wenn die Anschaffung bestimmter Sachen im Innenverhältnis erst vom Sorgeberechtigten genehmigt werden müßte, die Pflegeperson sich aber nicht an die Abmachung hält und in Bereicherungs- und/oder Schädigungsabsicht durch den Erwerb minderwertiger Sachen den Eltern bzw. dem Pflegekind mittels Täuschung außergewöhnlich hohe Kosten verursacht. Der Kaufvertrag ist wirksam, obwohl die Pflegeperson ihre Pflichten aus dem Innenverhältnis verletzt hat.

Da das *BGB* den Mißbrauch der Vertretungsmacht *nicht regelt*, haben Rechtssprechung und Lehre im wesentlichen drei unterschiedliche Lösungsvorschläge entwickelt.

Denkbar erscheint unter anderem ein Lösungsansatz, bei dem der Mißbrauch der Vertretungsmacht als Sonderfall der *Sittenwidrigkeit* (§ 138 BGB) behandelt wird, der dann *Kollusion* genannt wird. Eine Kollusion setzt voraus, daß der Vertreter mit dem Vertragspartner *arglistig* zum Nachteil des Vertretenen zusammengewirkt hat.<sup>971</sup> Bei einer Kollusion liegt eine *Treubruchförderung* vor.

Darüber hinaus kann ein Mißbrauch der Vertretungsmacht einen *Rechtsmißbrauch* i.S.v. § 242 BGB darstellen. Ein derartiger Rechtsmißbrauch liegt nach Ansicht des *BGH* vor, wenn mit den durch die Vertretungsbefugnis eingeräumten Rechten in treuwidriger Weise verfahren wird, vor allem deshalb, weil *objektiven Interessen des Vertretenen*, die dem Vertreter

---

<sup>968</sup> Palandt-Heinrichs, § 164, 13; Staudinger-Schilken, § 167, 91

<sup>969</sup> Giese, RdJB, 1976, 66

<sup>970</sup> Palandt-Heinrichs, § 164, 13; Staudinger-Schilken, § 167, 91

<sup>971</sup> Palandt-Heinrichs, § 164, 13; Staudinger-Schilken, § 167, 93



*bekannt* waren, ein *Nachteil* zugefügt wurde. Ein Mißbrauch der Vertretungsmacht setzt einen Nachteil für den Vertretenen voraus.<sup>972</sup> Selbst wenn der Interessenverstoß oder die Mißachtung des Willens regelmäßig an den durch das Innenverhältnis begründeten Grundsätzen über die Ausübung der Vertretungsmacht zu messen sind, erfüllen keineswegs alle Pflichtwidrigkeiten die Anforderungen des § 242 BGB. Beispielsweise setzt ein Rechtsmißbrauch nach h.M. einen *Vorsatz seitens des Vertreters* voraus.<sup>973</sup> Der h.M. ist meines Erachtens zuzustimmen, weil ein Mißbrauch nach dem allgemeinen Sprachgebrauch als unzulässige Rechtsausübung nur in einem *bewußten und gewollten Handeln* bestehen kann. Im Vergleich zum Zivilrecht ist das Steuerrecht noch strenger; dort setzt der Mißbrauchstatbestand des § 42 S. 2 AO sogar ein *absichtliches Handeln* voraus, d.h. mehr als einen bloßen Vorsatz.<sup>974</sup>

Hingegen betrachtet die herrschende *Lehre* das *Problem* des Mißbrauchs der Vertretungsmacht als solches des *Vertretungsrechts*.<sup>975</sup> Tatsächlich besteht der richtige Ansatzpunkt in der *Einschränkung des mit dem Abstraktionsprinzip beabsichtigten Verkehrsschutzes* bei fehlender Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners. Die *Verselbständigung* der Vertretungsbefugnis gegenüber der Pflichtbindung im Innenverhältnis dient der Herbeiführung von *Verlässlichkeit* für den Rechtsverkehr, die wiederum eine *Offensichtlichkeit* der Vertretungsbefugnis voraussetzt. Wo jedoch der Vertragspartner keinen Anlaß für Verlässlichkeit sehen kann, da sich dem Vertragspartner der Eindruck aufdrängen muß, daß der Vertreter gegen seine Pflichten im Innenverhältnis verstößt, fällt der Grund für die weitere Geltung der abstrahierenden Regelung der §§ 164 ff BGB weg.<sup>976</sup> Daraus ergibt sich *entgegen* der Ansicht eines *Teils der Rechtsprechung*,<sup>977</sup> daß beim Vertreter ein Verstoß gegen die Pflichtenbindung im Innenverhältnis, d.h. ein objektiver Mißbrauch der Vertretungsbefugnis genügt, so daß es *weder auf Vorsatz zum Nachteil des Vertretenen*<sup>978</sup> *noch auf Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Pflegeperson* als Vertreter ankommt; doch ist letzteres regelmäßig der Fall.<sup>979</sup> Ebenso wenig spielt die Unterscheidung zwischen zweckwidrigem, pflichtwidrigem und treuwidrigem Handeln des Vertreters eine Rolle. Für die letztgenannte Ansicht sprechen meines Erachtens folgende Gründe:

- Zum einen dienen die von der Rechtsprechung und Lehre in Bezug auf den Mißbrauch der

<sup>972</sup> Staudinger-Schilken, § 167, 94; BGH, NJW 1962, 1718

<sup>973</sup> Staudinger-Schilken, § 167, 94; BGHZ 50, 112, 114; BGH, WM 1976, 658 und 1981, 66; NJW 1990, 384

<sup>974</sup> Friemel/Schimpl, S. 35

<sup>975</sup> K. Schmidt, A c P 174, 59; Staudinger-Schilken, § 167, 95

<sup>976</sup> Staudinger-Schilken, § 167, 95

<sup>977</sup> BGH, NJW 1984, 1461 und 1988, 3012

<sup>978</sup> Palandt-Heinrichs, § 164, 14; BGH, NJW 1988, 3012

<sup>979</sup> Staudinger-Schilken, § 167, 95

Vertretungsmacht aufgestellten Grundsätze primär dazu, den *Vertretenen* zu *schützen*,<sup>980</sup> und nicht dazu, den *Vertreter* zu *bestrafen*. Deshalb sollten in diesem Zusammenhang ebenso wenig wie im Rahmen des § 1632 IV BGB Verschuldensgesichtspunkte eine Rolle spielen.

- Zum anderen dürfte dem Vertretenen der Nachweis eines Verschuldens seitens des Vertreters bisweilen Schwierigkeiten bereiten. Daher gebietet ein effektiver Schutz des Vertretenen, auf das Erfordernis des Nachweises eines Verschuldens seitens des Vertreters zu verzichten.

Jedoch betreffen die Tatbestandselemente des Mißbrauchs der Vertretungsmacht nicht ausschließlich die Person des Vertreters, sondern auch die Seite des Vertragspartners. Zwar trifft den *Vertragspartner* grundsätzlich *keine Prüfungspflicht*; denn das Risiko eines Mißbrauchs der Vertretungsmacht trägt in der Regel der Vertretene.<sup>981</sup> Doch braucht der Vertretene das Risiko unstreitig nicht tragen, wenn der Vertragspartner vom Vollmachtsmißbrauch des Vertreters wußte, ohne mit dem Mittel der Kollusion mit ihm zusammenzuwirken. Hingegen ist in den anderen Fällen umstritten, welche Anforderungen an einen Mißbrauch der Vertretungsmacht gestellt werden müssen.<sup>982</sup> Nach heute *h.M.* muß der Mißbrauch der Vertretungsbefugnis für den *Vertragspartner* ohne Rücksicht auf einen bestimmten Verschuldensgrad *offensichtlich* sein.<sup>983</sup> Eine derartige Offensichtlichkeit setzt weder eine Kenntnis noch ein Kennenmüssen seitens des Vertragspartners voraus, obwohl dies regelmäßig der Fall ist. Nach Ansicht des BAG ist es nicht ausreichend, daß der Vertragspartner die dem Vertreter im Innenverhältnis auferlegten Beschränkungen kannte oder kennen mußte.<sup>984</sup> Anders ist es lediglich dann, wenn der Vertragspartner der ständige juristische Berater des Vertretenen war.<sup>985</sup> Dagegen begründet die Offensichtlichkeit für den Vertragspartner nach der Gegenansicht für diesen lediglich eine *Informationspflicht*, wobei erst *deren fahrlässige Verletzung* den Mißbrauchstatbestand erfüllt.<sup>986</sup> Des weiteren wird in der *Literatur* teilweise die Ansicht vertreten, daß eine *Offensichtlichkeit* des Mißbrauchs lediglich bei *grober Fahrlässigkeit des Vertragspartners* den Tatbestand des Vollmachtsmißbrauchs erfüllen könne.<sup>987</sup> In diesem Zusammenhang gilt es meines Erachtens zu bedenken, daß dem Vertretenen, zu dessen Schutz die Rechtsprechung die Grundsätze in bezug auf den Mißbrauch der Vertretungsmacht aufstellte, der Nachweis des

---

<sup>980</sup> Medicus, BGB-AT, S. 359

<sup>981</sup> BGH, NJW 1994, 2083; Palandt-Heinrichs, § 164, 13

<sup>982</sup> Staudinger-Schilken, § 167, 97

<sup>983</sup> Staudinger-Schilken, § 167, 96; BGHZ 50, 112, 114; BGH, NJW 1966, 1911; WM 1976, 632 und 1981, 66 und 1989, 1068 und 1992, 1362; NJW 1988, 3012; NJW-RR 1987, 307; Palandt-Heinrichs, § 164, 14

<sup>984</sup> BAGE 12, 155

<sup>985</sup> BGH, MDR 1978, 388; Palandt-Heinrichs, § 164, 14

<sup>986</sup> Staudinger-Schilken, § 167, 98; BGHZ 50, 112, 114; BGH, MDR 1964, 592; WM 1966, 491 u. 1989, 1068; BAG, BB 1978, 964

<sup>987</sup> Staudinger-Schilken, § 167, 98; Tank, NJW 1969, 8

erforderlichen Verschuldens seitens des Vertragspartners um so schwerer fällt, je höhere Anforderungen man an den notwendigen Grad des Verschuldens stellt; das heißt mit anderen Worten, daß dem Vertretenen z.B. der Nachweis einfacher Fahrlässigkeit leichter fällt, als der Nachweis grober Fahrlässigkeit.

Die *Rechtsfolgen* des Mißbrauchs der Vertretungsbefugnis hängen vor allem davon ab, ob eine *Kollusion* vorliegt oder nicht. Denn soweit eine Kollusion in den Anwendungsbereich des § 138 BGB fällt, hat dies die *Nichtigkeit* der mißbräuchlich abgegebenen Willenserklärung zur Folge.<sup>988</sup> Der Vertretene wird nicht gebunden.<sup>989</sup> Gleiches gilt, soweit die Kollusion aufgrund des *Verstoßes gegen Strafnormen* nach § 134 BGB zu beurteilen ist.<sup>990</sup> Als Strafnorm, gegen die eine Kollusion möglicherweise verstößt, kommt insbesondere § 266 I, F.1 StGB (Untreue) in Betracht. Denn § 266 I, F.1 StGB besteht im Mißbrauch einer nach außen wirkenden Vertretungsbefugnis, indem der Täter etwas tut, was er nach außen kann, nach innen jedoch nicht darf.<sup>991</sup> Wurde aber dem Vertretenen lediglich der *Scheincharakter* des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts verheimlicht, darf sich der Vertragspartner gegenüber einem Erfüllungsbegehren seitens des Vertretenen nicht auf den Scheincharakter berufen.<sup>992</sup>

Auch bei in offensichtlichem Mißbrauch der Vertretungsbefugnis vorgenommenen *Prozeßhandlungen* (Rechtsmittelverzicht, Rechtsmittelrücknahme) tritt Unwirksamkeit ein.<sup>993</sup> Denn in einem solchen Fall fehlt dem Vertreter notwendig die Vertretungsmacht, die in jedem Fall eine Prozeßhandlungsvoraussetzung darstellt und deren Fehlen die Unbeachtlichkeit einer dennoch vorgenommenen Prozeßhandlung zur Folge hat.<sup>994</sup> Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Inhaber der elterlichen Sorge als gesetzlicher Vertreter des Pflegekinds die Prozeßhandlung der Pflegeperson als vollmachtlosem Vertreter genehmigt (§§ 89 II, 551 Nr. 5, 579 I Nr. 4 ZPO) und dadurch den Mangel der Vertretung rückwirkend heilt.<sup>995</sup>

Dagegen sind in *anderen* Mißbrauchsfällen die Rechtsfolgen des mißbräuchlichen Vertreterhandelns umstritten und hängen von der rechtsdogmatischen Einordnung der Lösung ab. Ursprünglich billigte die Rechtsprechung dem Vertretenen die *Einrede der Arglist* zu.<sup>996</sup> Darüber hinaus berechtigt nach heutiger Auffassung § 242 BGB den Vertretenen zum

<sup>988</sup> Staudinger-Schilken, § 167, 100; RGZ 130, 131, 142; Tank, NJW 1969, 8; Palandt-Heinrichs, § 164, 13

<sup>989</sup> Palandt-Heinrichs, § 164, 13; RGZ 136, 356

<sup>990</sup> Palandt-Heinrichs, § 134, 23; Staudinger-Schilken, § 167, 100, Wank, JuS 1979, 405

<sup>991</sup> Dreher/Tröndle, § 266, 1 a; BGHSt 5, 63; Wistra 1990, 305

<sup>992</sup> RGZ 134, 33, 37; Palandt-Heinrichs, § 117, 7

<sup>993</sup> Staudinger-Schilken, § 167, 100; BGH, WM 1962, 415

<sup>994</sup> Jauernig, § 22 V 1, S. 63

<sup>995</sup> Jauernig, § 22 V 1, S. 63; BGHZ 92, 140 ff

<sup>996</sup> RGZ 71, 219, 222; 101, 64, 73; 159, 363, 367

*Einwand der unzulässigen Rechtsausübung*, wenn der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch gemacht hat, so daß dem Vertragspartner begründete Zweifel entstehen mußten.<sup>997</sup> Somit macht der Mißbrauch der Vertretungsmacht die betreffende *Willenserklärung unverbindlich*.<sup>998</sup> Hingegen gehört auch die Frage nach den *Rechtsfolgen* des Mißbrauchs nach der herrschenden Lehre in der Literatur dem *Recht der Stellvertretung* an.<sup>999</sup>

Eine Meinung in der Literatur möchte auf die Regeln über die *c.i.c.* zurückgreifen und dem Vertragspartner, der seine Informationspflichten aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis infolge mangelnder Aufklärung verletzt hat, *als Schadensersatz* auferlegen, *auf die Rechte aus dem Vertretergeschäft zu verzichten*.<sup>1000</sup> Allerdings würde auch dieser Weg die Einordnung in das Recht der Stellvertretung, die den Vorzug verdient, ohne zwingenden Grund verlassen, und es würde auf ein *Verschulden* des Vertragspartners ankommen. - Diese Literaturmeinung lehne ich aus dem letztgenannten Grund ab, da sie dem Vertretenen den *Nachweis* des Verschuldens auferlegt, ein wirksamer Schutz des Vertretenen jedoch gebietet, auf das Erfordernis des Nachweises eines Verschuldens seitens des Vertragspartners zu verzichten.

Den *Vorzug* verdient die Bestimmung der Rechtsfolgen des Mißbrauchs der Vertretungsbefugnis, die den *Rahmen des Stellvertretungsrechts* einhält. Die Lösung des Problems liegt darin, im Handeln des *mißbräuchlich* wirkenden Vertreters ein *Handeln ohne Vertretungsmacht* zu sehen. In Verbindung damit bietet sich die Möglichkeit, gem. § 177 I BGB schwebend unwirksamen Verträgen bei einem *Wahlrecht des Vertretenen* durch eine Genehmigung gem. § 177 I BGB zur Wirksamkeit zu verhelfen. Diese Lösung berücksichtigt zutreffend die *Einschränkung des Abstraktionsprinzips* zu Lasten des nicht schutzwürdigen Dritten und zugunsten des schutzwürdigen Vertretenen. Gerade aufgrund des Verhaltens des Vertragspartners ist es gerechtfertigt, dem Vertragspartner und nicht dem Vertretenen das Risiko des Vertreterverhaltens aufzuerlegen.<sup>1001</sup> Ebenso wie bei anderen Formen des Handelns ohne Vertretungsmacht ist es gerechtfertigt, daß die *Eigenhaftung des Vertreters* wegen § 179 III 1 BGB *ausscheidet*, da der Dritte bei Kenntnis oder Offensichtlichkeit des Mißbrauchs der Vertretungsmacht keinen Schutz verdient.

Abzulehnen ist der Vorschlag, die Folgen des Mißbrauchs der Vertretungsbefugnis mit Hilfe einer *entsprechenden Anwendung des § 181 BGB* zu bestimmen. Einen Interessenkonflikt zu vermeiden ist zwar das Motiv des Gesetzgebers, aber die Vermeidung eines

<sup>997</sup> Palandt-Heinrichs, § 164, 14; Staudinger-Schilken, § 167, 101; BGHZ 113, 315, 320

<sup>998</sup> BGH, WM 1976, 632; Heckelmann, JZ 1970, 62

<sup>999</sup> Staudinger-Schilken, § 167, 101

<sup>1000</sup> Staudinger-Schilken, § 167, 102

<sup>1001</sup> Staudinger-Schilken, § 167, 103

Interessenkonflikts allein ist zur Tatbestandserfüllung nicht ausreichend. Folglich sind die vorgeschlagenen Rechtsfolgen nicht adäquat.

Entgegen der Rechtssprechung ist der Ansicht zuzustimmen, daß bei der Bestimmung der Rechtsfolgen des Mißbrauchs der Vertretungsmacht § 254 BGB *außer Betracht zu bleiben* hat. Im Anschluß an die Erwägung, daß § 242 BGB die Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls verlangt, stellte er BGH den Satz auf, daß der Vertretene keinen Schutz genieße, weil es lediglich durch sein Unterlassen der nötigen zumutbaren *Kontrolle* des Vertreters zu dessen mißbräuchlichem Verhalten habe kommen können. Der Rechtsgedanke des § 254 BGB gebiete es daher, die nachteiligen Folgen des Rechtsgeschäfts nach Maßgabe des jeder Seite zur Last fallenden Verschuldens zu verteilen.<sup>1002</sup> Bereits der Verschuldensgedanke paßt nach der hier vertretenen Lösung nicht.

Unabhängig hiervon kann jedoch der *Verteilungsgedanke* es § 254 BGB lediglich für die auf einem Mißbrauch der Vertretungsmacht beruhenden *Schadensersatzansprüche* gelten,<sup>1003</sup> nicht jedoch für den *Erfüllungsanspruch*, der als solcher *unteilbar* ist und deshalb gem. § 242 BGB insgesamt nicht durchsetzbar werden darf.<sup>1004</sup> Das Gegenargument,<sup>1005</sup> auch § 254 BGB beinhalte lediglich eine besondere Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB), muß aufgrund dieser Bedenken abgelehnt werden.<sup>1006</sup> Eine Anwendung des § 254 BGB käme lediglich dann in Betracht, falls sich aus dem Verhalten des Vertreters oder des Vertretenen Schadensersatzansprüche aus c.i.c. i.V.m. § 278 BGB ergeben würden. Zudem spielt bei Pflegeverhältnissen die Frage, ob § 254 BGB Anwendung findet, ohnehin nur eine *geringe Rolle*. Denn dem Inhaber der elterlichen Sorge kann regelmäßig keine mangelnde Überwachung der Pflegepersonen zur Last gelegt werden, da die Pflegeeltern nicht in häuslicher Gemeinschaft mit dem Personensorgeberechtigten leben und da dieser aufgrund von Abwesenheit, Krankheit, Zeitmangel oder dergleichen selten zu einer Kontrolle der Pflegepersonen imstande ist.

In Bezug auf das *Verhältnis* zwischen dem *Inhaber der elterlichen Sorge* als Vertretenem und der *Pflegeperson* als Vertreter richten sich die Rechtsfolgen auch im Fall des Mißbrauchs der Vertretungsmacht nach den Regeln, die im Fall der Verletzung der im *Innenverhältnis* bestehenden Pflichten gelten.<sup>1007</sup> Hierbei könnten insbesondere wohl auch Ansprüche aus *positiver Forderungsverletzung* in Betracht kommen.

<sup>1002</sup> Palandt-Heinrichs, § 164, 14a; BGHZ 50, 112, 114; OLG Hamm, WM 1976, 140; Pröls, JuS 1985, 578

<sup>1003</sup> vgl. § 254 I 1 BGB: "Hat bei der Entstehung des *Schadens* ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt ..."

<sup>1004</sup> Heckelmann, JZ 1970, 64; H.P. Westermann, JA 1981, 521, 526

<sup>1005</sup> z.B. in BGHZ 50, 112, 115

<sup>1006</sup> Staudinger-Schilken, § 167, 104

<sup>1007</sup> Staudinger-Schilken, § 168, 105

Im Fall der Kollusion liegt zwar eine unerlaubte Handlung i.S.v. § 826 BGB sowohl seitens der Pflegeperson als Vertreter, als auch seitens des Vertragspartners vor, wegen der die Pflegeperson und der Vertragspartner ggf. gesamtschuldnerisch i.S.v. § 421 BGB haften können.

Jedoch erleidet weder der Inhaber der elterlichen Sorge noch das Kind infolge der Überschreitung der Vertretungsmacht einen Schaden, unabhängig davon, welchem der drei möglichen Lösungsansätze man sich anschließt; denn entweder bestehen wegen Nichtigkeit des Vertrags (§ 138 BGB) oder wegen rechtshindernder Einwendungen (§ 242 BGB) lediglich Kondiktionsansprüche (§ 812 I 1, Fall 1 BGB) des Vertragspartners gegen das Kind oder der Vertragspartner kann von der Pflegeperson gem. § 179 I BGB die Erfüllung des Vertrags in vollem Umfang verlangen. Daher haben der Inhaber der elterlichen Sorge und das Kind gegen die Pflegeeltern im Fall einer Überschreitung der Vertretungsbefugnis grundsätzlich weder Ansprüche, die auf dem zwischen den Pflegepersonen und den leiblichen Eltern bestehenden schuldrechtlichen Verhältnis beruhen, noch Ansprüche gem. § 826 BGB.

## 8. Die Vereinbarkeit von § 1688 BGB n.F. mit Art. 8 EMRK

Hinsichtlich der Vereinbarkeit von § 1688 BGB n.F. mit Art. 8 EMRK muß meines Erachtens danach differenziert werden, ob der Inhaber der elterlichen Sorge noch das Recht besitzt, die Vertretungsbefugnisse der Pflegeeltern auszuschließen oder einzuschränken oder nicht. Dies ist stets der Fall, es sei denn, das Kind hält sich gem. § 1688 IV BGB n.F. aufgrund einer gerichtlichen Verbleibensanordnung gem. § 1632 IV BGB bei den Pflegepersonen auf.

- Soweit diese Ausnahmeregelung keine Anwendung findet, *fehlt* es bereits an einem *Eingriff* in das Grundrecht aus Art. 8 EMRK. Denn nur ein staatliches Handeln, das dem einzelnen ein Verhalten, das vom Schutzbereich des betreffenden Grundrechts erfaßt wird, unmöglich macht, stellt einen Eingriff in dieses Grundrecht dar.<sup>1008</sup> Die in § 1688 I BGB n.F. normierten Vertretungs- und Entscheidungsrechte der Pflegeeltern machen es dem Inhaber der elterlichen Sorge nicht unmöglich, die Pflegepersonen von einer Vertretung des Kindes und einer Entscheidung anstelle von ihm abzuhalten. Denn gem. § 1688 III 1 BGB n.F. steht dem Inhaber der elterlichen Sorge jederzeit die Möglichkeit offen, die Befugnisse der Pflegeeltern mit Hilfe einer abweichenden Erklärung auszuschließen oder einzuschränken, wobei die abweichende Erklärung zur Folge hat, daß die gesetzliche

---

<sup>1008</sup>Pieroth/Schlink, Rnr 274, S. 65

*Regelvermutung* des § 1688 I BGB n.F. nicht gilt.<sup>1009</sup> Ihr vorrangiges Erziehungsrecht eröffnet den biologischen Eltern die Möglichkeit, die Sorgeberechtigung der Pflegeeltern auch bei einem Fortbestand des Pflegeverhältnisses gänzlich auszuschließen. Der Ausschluß des Sorgerechts der Pflegepersonen bedarf nicht einmal einer bestimmten Form.<sup>1010</sup>

Zusätzlich räumt der deutsche Gesetzgeber dem Erziehungsrecht der biologischen Eltern auch im Einzelfall den Vorrang ein, d.h. selbst dann, wenn diese keine abweichende Erklärung i.S.v. § 1688 III 1 BGB n.F. abgegeben haben.<sup>1011</sup> Dies bedeutet, daß § 1688 BGB n.F. den Vorrang der natürlichen Eltern gegenüber den Pflegeeltern unberührt läßt.<sup>1012</sup>

Da es bereits an einem Eingriff in das Grundrecht aus Art. 8 EMRK fehlt, stellt sich die Frage einer Verletzung dieses Artikels nicht.

- Falls § 1688 IV BGB n.F. einschlägig ist, liegt zwar ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 8 EMRK vor, da es dem Inhaber der elterlichen Sorge unmöglich gemacht wird, die Pflegeeltern von einer Vertretung des Kindes und einer Entscheidung anstelle von ihm abzuhalten. Jedoch verstößt § 1688 BGB n.F. auch in dieser Fallvariante nicht gegen Art. 8 EMRK. Denn sogar die aus der Sicht der natürlichen Eltern noch einschneidendere Übertragung des Personensorgerechts auf die Pflegeeltern ist unter Berücksichtigung des den nationalen Stellen durch Art. 8 II EMRK eingeräumten Ermessensspielraums mit Art. 8 EMRK vereinbar, wenn hinreichende Gründe, z.B. ein mehrjähriger Aufenthalt des Kindes bei den Pflegepersonen oder enge Beziehungen des Kindes zur Pflegefamilie, hierfür vorliegen.<sup>1013</sup> Hieraus folgt im Weg eines Erstrecht-Schlusses, daß auch der weniger einschneidende Verlust des Rechts, die Befugnisse der Pflegeeltern einzuschränken oder auszuschließen, im Einklang mit Art. 8 EMRK steht. Als hinreichender Grund für den Verlust dieses Rechts i.S.v. Art. 8 EMRK kommt insbesondere die infolge der nach dem Erlaß einer Verbleibensanordnung erfahrungsgemäß bestehenden Konfliktsituation drohende Gefahr in Betracht, daß der Personensorgeberechtigte durch eine gem. § 1688 III 1 BGB n.F. regelmäßig zulässige abweichende Erklärung das Pflegeverhältnis stört.<sup>1014</sup>

## 9. Die Vereinbarkeit von § 1688 BGB n.F. mit Art. 6 II GG

In ähnlicher Weise wie bezüglich der Vereinbarkeit von § 1688 BGB n.F. mit Art. 8 EMRK

<sup>1009</sup>MüKo-BGB-Hinz, § 38 SGB VIII/KJHG, 3; Münder, § 38, 4

<sup>1010</sup>Windel, FamRZ 1997, 713, 720

<sup>1011</sup>Windel, FamRZ 1997, 713, 720

<sup>1012</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 58

<sup>1013</sup>Fahrenhorst, FamRZ 1996, 461

<sup>1014</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 155

muß meines Erachtens bezüglich der Vereinbarkeit von § 1688 BGB n.F. mit Art. 6 II GG danach unterschieden werden, ob dem Sorgeberechtigten noch das Recht zusteht, die Vertretungsbefugnisse der Pflegepersonen auszuschließen oder einzuschränken oder nicht. Dies ist immer der Fall, ausgenommen in denjenigen Fällen, in denen sich das Kind gem. § 1688 IV BGB n.F. aufgrund einer gerichtlichen Verbleibensanordnung gem. § 1632 IV BGB in der Obhut der Pflegeeltern befindet.

- Falls diese Ausnahmeregelung nicht einschlägig ist, greift § 1688 BGB n.F. überhaupt nicht in das Grundrecht aus Art. 6 II GG ein, ebensowenig in das Grundrecht aus Art. 8 EMRK.

Soweit § 1688 IV BGB n.F. Anwendung findet, liegt zwar ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 6 II GG vor, weil dem Inhaber der elterlichen Sorge die Möglichkeit genommen wird, die Pflegepersonen von einer Vertretung des Kindes und einer Entscheidung anstelle von ihm abzuhalten. Dennoch steht § 1688 IV BGB n.F. auch in dieser Fallvariante im Einklang mit Art. 6 II GG, weil das Kindeswohl den in § 1688 IV BGB n.F. normierten Eingriff in das Elternrecht erfordert.<sup>1015</sup> Denn aufgrund der nach dem Erlaß einer Verbleibensanordnung erfahrungsgemäß bestehenden Konfliktsituation würde anderenfalls regelmäßig die Gefahr drohen, daß der Inhaber der elterlichen Sorge mittels einer gem. § 1688 III 1 BGB n.F. grundsätzlich zulässigen abweichenden Erklärung das Pflegeverhältnis stört.<sup>1016</sup>

#### **D. Die Übertragung von Angelegenheiten der elterlichen Sorge auf die Pflegeeltern gem. § 1630 III BGB n.F.**

##### **1. Sinn und Zweck, sowie Entstehungsgeschichte des § 1630 III BGB n.F.**

§ 1630 III BGB a.F. wurde ebenso wie § 1632 IV BGB für besonders dringlich erachtet und durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18.07.1979<sup>1017</sup> vorweg mit Wirkung vom 01.01.1980 in das BGB eingefügt. Einer geplanten, umfassenden Regelung sollte damit nicht vorgegriffen werden.<sup>1018</sup> Mit den §§ 1630 III und 1632 IV BGB a.F. fand erstmals eine gesetzliche Regelung des Pflegeelternverhältnisses Eingang in das Recht der elterlichen Sorge. Als *Vorbild* für § 1630 III BGB diente *Art. 300 I des Schweizer ZGB*.<sup>1019</sup> Er wies angesichts der Tatsache, daß ein Kind "Dritten" zur

<sup>1015</sup>Pieroth/Schlink, Rnr 742, S. 173

<sup>1016</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 155

<sup>1017</sup>BGBI. 1979 I S. 1061

<sup>1018</sup>BT-Drucksache 8/2788, S. 40

<sup>1019</sup>Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 1



Pflege anvertraut wurde, den Pflegeeltern eine "vertretende" Ausübung der elterlichen Sorge in dem Umfang zu, in dem es die gehörige Erfüllung ihrer Aufgaben gebot, jedoch unter dem Vorbehalt abweichender Anordnungen der leiblichen Eltern. Die Bedeutung des Art. 300 I ZGB erschöpfte sich nicht in der Stellvertretung im Sinn des BGB, sondern erstreckte sich auf alle Aspekte der elterlichen Sorge, beginnend mit der tatsächlichen Pflege und den damit zusammenhängenden Befugnissen bis hin zur Bestimmung des Umgangs und des Aufenthalts und zur gesetzlichen Vertretung.<sup>1020</sup>

*Vor dem Inkrafttreten des Sorgerechtsreformgesetzes* durfte ein Gericht Angelegenheiten der Personensorge lediglich dann auf Dritte übertragen, wenn gesetzliche Gründe für eine gerichtliche Einschränkung von Rechten der natürlichen Eltern eingriffen, z.B. in der Form der Voraussetzungen der §§ 1666, 1673 oder 1674 BGB. Damit waren aber nicht sämtliche Fälle der Dauerpflege abgedeckt. Seit 1980 besitzen die leiblichen Eltern das Recht, auf freiwilliger Basis Sorgerechtsangelegenheiten übertragen zu lassen, um damit eine Ausübung des Sorgerechts durch diejenigen Personen zu ermöglichen, die sich tatsächlich um das Kind kümmern. Zwar konnten bereits zuvor den Pflegepersonen durch Absprachen, die keiner bestimmten Form bedurften, erzieherische Aufgaben zur Ausübung überlassen werden, doch konnten sowohl Eltern wie Pflegeeltern die Abreden zu jedem beliebigen Zeitpunkt frei widerrufen.<sup>1021</sup> Die Einführung des § 1630 III BGB beruhte auf der Notwendigkeit, das ausschließlich in einer Pflegestelle lebende Dauerpflegekind, für das den leiblichen Eltern noch die Personensorge zustand, in rechtlicher Hinsicht zu einem gewissen Grad *in die Pflegefamilie einzubinden*. Daneben sollten hierdurch die Pflegepersonen die Möglichkeit erhalten, diejenigen *rechtlichen Handlungen*, die die Betreuung des Pflegekindes erfordert, *selbst vorzunehmen*.<sup>1022</sup> Eine gerichtliche Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten sollte für die Pflegepersonen zumindest insoweit *Rechtssicherheit* schaffen, als die natürlichen Eltern aufgrund der einmal erfolgten Übertragung von Rechten auf die Pflegeeltern diese nicht mehr eigenmächtig rückgängig machen durften.

§ 1630 III BGB bezweckt die *Sicherstellung der ordnungsgemäßen Betreuung des Kindes*, das sich auf Wunsch der leiblichen Eltern in der Obhut von Pflegeeltern befindet, durch die Pflegeeltern, beispielsweise dann, wenn kurzfristig über den Besuch des Kindes bei einem Arzt entschieden werden muß.<sup>1023</sup> § 1630 III BGB möchte weder die leiblichen Eltern noch die Pflegeeltern selbst schützen oder begünstigen. Insbesondere will die Rechtsnorm es den natürlichen Eltern nicht erleichtern, sich von der Sorge für ihr Kind zu befreien, ohne es

---

<sup>1020</sup> Schwab, A 107, Fn 87

<sup>1021</sup> Baer, FamRZ 1982, 221, 229

<sup>1022</sup> Baer, FamRZ 1982, 221, 228

<sup>1023</sup> BT-Drucksache 8/2477, S. 47

zur Adoption freigeben zu müssen. Eine derartige Regelung widerspräche der naturgegebenen Verantwortung der Eltern, der höchstpersönlichen Natur des Elternrechts und der Unverzichtbarkeit der elterlichen Sorge und stünde im Widerspruch zum verfassungsrechtlichen Erziehungsvorrang der biologischen Eltern. Daher muß *im Prinzip* in allen Pflegeverhältnissen die *Rückkehr des Kindes in seine leibliche Familie angestrebt* werden.<sup>1024</sup> Dieser Überlegung tragen im öffentlichen Jugendhilferecht auch die §§ 33 ff SGB VIII/KJHG Rechnung. Obwohl die Möglichkeit der Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten auf die Pflegepersonen gem. § 1630 III BGB diesen die Durchführung ihrer Erziehungsaufgabe erleichtert, läßt sich hieraus kein Anspruch auf den Fortbestand des Pflegeverhältnisses ableiten. Denn die Vorschrift will nicht die eigenen Interessen der Pflegepersonen schützen.<sup>1025</sup>

§ 1630 III BGB bietet wenigstens zwei *Vorteile*: Die Befugnisse werden nach einer sorgfältigen Prüfung durch eine die *Rechtssicherheit* fördernde Gerichtsentscheidung verteilt, und die Verhältnisse werden zumindest insofern verfestigt, als die getroffene Regelung lediglich durch eine *Gerichtsentscheidung* aufgehoben oder geändert werden darf.<sup>1026</sup> Gem. § 1630 III 3 BGB n.F. bzw. gem. § 1630 III 2 BGB a.F. besitzen die Pflegeeltern gegebenenfalls die *Rechte und Pflichten von Pflegern*, es sei denn, § 1630 III BGB enthält eine abschließende Regelung oder die Besonderheiten der Familienpflege erfordern eine Abweichung. Soweit keine der genannten Ausnahmen eingreift, richtet sich also die Rechtsstellung der Pflegeeltern nach einer gem. § 1630 III BGB erfolgten Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten nach Pflegschaftsrecht und folglich gem. § 1915 I BGB in weiten Teilen nach Vormundschaftsrecht.<sup>1027</sup> Streng genommen liegt bei § 1630 III BGB eine *besondere Form der Ergänzungspflegschaft* vor, deren Grundtatbestand in § 1909 BGB normiert ist.<sup>1028</sup>

Bei der praktischen Anwendung stellte sich bald heraus, daß § 1630 III BGB a.F. der sozialen und psychologischen Wirklichkeit zu wenig Beachtung schenkte. Zwar wollten manche Eltern ihr Kind der Obhut anderer Personen anvertrauen, aber sie *fürchteten ein gerichtliches Tätigwerden*. Oftmals lehnten sie jegliche Einschränkung ihrer Rechtsposition ab und wollten nicht einsehen, daß sie bereits infolge der Fremdunterbringung des Kindes faktisch ihr Sorgerecht durch ihr eigenes Zutun eingebüßt hatten.<sup>1029</sup> Auch ließ § 1630 III BGB a.F. eine Übertragung von Angelegenheiten der

<sup>1024</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 35; Lempp, ZBJugR 1986, 543

<sup>1025</sup> Baer, FamRZ 1982, 221, 231

<sup>1026</sup> Schwab, A 92; Windel, FamRZ 1997, 713, 721, Fn 121

<sup>1027</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 124

<sup>1028</sup> MüKo-BGB-Schwab, § 1915, 3; Holzhauser, ZRP 1982, 222, 224; Windel, FamRZ 1997, 713, 721, Fn 119

<sup>1029</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 36

elterlichen Sorge auf die Pflegeeltern *nur auf Antrag der leiblichen Eltern* zu. Jedoch ging vielfach der entscheidende Anstoß für den Antrag von den Pflegeeltern aus.<sup>1030</sup> Deshalb verlangten Fachleute, auch die Pflegepersonen sollten mit einem eigenen Antrag ausgestattet werden.<sup>1031</sup> Des weiteren wurde die *Freiwilligkeit der Aufrechterhaltung* des Pflegeverhältnisses durch die Pflegeeltern als Schwäche des Pflegekinderwesens dargestellt. *Problemkinder* mußten eine Pflegestelle verlassen, weil sich die Pflegepersonen mit der Erziehung der Kinder überfordert fühlten. *Krisen in der Pflegefamilie*, zum Beispiel eine Scheidung der Pflegeeltern, könnten zur Folge haben, daß sich die Pflegeeltern von dem Pflegekind trennen, obgleich es lediglich zur Pflegefamilie engere Beziehungen hat.<sup>1032</sup> Bei Kritik solcher Art ist es nicht verwunderlich, daß die praktische Bedeutung von § 1630 III BGB a.F. gering blieb. Bis 1984 belief sich die Zahl der Fälle von Sorgerechtsübertragungen bei mehr als 40.000 Kindern in Vollzeitpflege nur auf *wenige hundert pro Jahr*. Doch nahm die Bedeutung der Vorschrift noch weiter ab, weil am 01.01.1991 § 38 SGB VIII/KJHG a.F. in Kraft trat; denn er billigte den Pflegeeltern verschiedene Entscheidungs- und Vertretungsrechte zu und übernahm damit einen Teil der Aufgaben des § 1630 III BGB a.F.<sup>1033</sup> Um § 1630 III BGB der Realität anzupassen, erhielten die *Pflegepersonen* durch das *Kindschaftsrechtsreformgesetz* vom 16.12.1997<sup>1034</sup> mit Wirkung vom 01.07.1998 ein *eigenes Antragsrecht*, falls sie im Interesse des Kindes eine Übertragung wünschten. Allerdings hängt die Übertragung auf Antrag der Pflegeeltern gem. § 1630 III 2 BGB n.F. von der Zustimmung der leiblichen Eltern ab.<sup>1035</sup>

## 2. Der Anwendungsbereich des § 1630 III BGB n.F.

§ 1630 III BGB alter wie neuer Fassung setzt im Unterschied zu § 1688 I BGB n.F. voraus, daß die *Eltern*, sei es allein oder mit Hilfe des Jugendamts, das Kind in Pflege geben. Im Fall der Fremdunterbringung durch einen Vormund oder Pfleger findet § 1630 III BGB keine Anwendung, denn weder § 1800 BGB noch § 1915 I BGB verweisen auf § 1630 III BGB.<sup>1036</sup> Die Formulierung des Gesetzes "Geben die Eltern das Kind ... in Familienpflege ..." will verdeutlichen, daß § 1630 III BGB den leiblichen Eltern die Personensorge zustehen muß. Besitzt kein Elternteil das *Sorgerecht*, beispielsweise aufgrund eines Entzugs der gesamten elterlichen Sorge gem. §§ 1666, 1666 a BGB, kommt eine

<sup>1030</sup> Schwab, A 96; Windel, FamRZ 1997, 713, 721

<sup>1031</sup> Schwenzer, A 84, A 110; Holzhauser, ZRP 1982, 222, 224; Schwab, A 95 ff, A 135; Windel FamRZ 1997, 713, 721, Fn 123

<sup>1032</sup> Baer, FamRZ 1982, 221, 231

<sup>1033</sup> Krug/Grüner/Dalichau, § 38 II 1; Finger ZfJ 1990, 618 - 621

<sup>1034</sup> BGBl 1997 I S. 2942

<sup>1035</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 152

<sup>1036</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 43; Baer, FamRZ 1982, 221, 229

Anordnung gem. § 1630 III BGB nicht in Betracht.<sup>1037</sup> Gleiches gilt in denjenigen Fällen, in denen zwar wenigstens einem Elternteil das Sorgerecht zusteht, jedoch aufgrund des Ruhens gem. § 1675 BGB kein Elternteil berechtigt ist, die elterliche Sorge auszuüben. Auch darf der den Antrag stellende Elternteil lediglich die Übertragung derjenigen *Teile der elterlichen Sorge* beantragen, die er im betreffenden Zeitpunkt selbst innehat. Daher kann der den Antrag stellende Elternteil nicht die Übertragung derjenigen Angelegenheiten der elterlichen Sorge beantragen, auf die sich sein Sorgerecht gem. § 1630 I BGB deswegen nicht erstreckt, weil für die betreffende Angelegenheit bereits ein Pfleger bestellt ist.

Die elterliche Sorge muß den Eltern sowohl *im Zeitpunkt der Inpflegegabe als auch im Zeitpunkt der Übertragung* der sorgerechtlichen Befugnisse gem. § 1630 III BGB n.F. zustehen.<sup>1038</sup> Jedoch bedeutet dies nicht, daß die Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten nur bei Beginn des Pflegeverhältnisses erfolgen dürfe. Dies würde den Erfordernissen der Praxis widersprechen, da sich das Bedürfnis, zusätzliche Aufgaben auf die Pflegepersonen zu übertragen, regelmäßig erst bei einer längeren Dauer des Pflegeverhältnisses ergibt. Die Entwicklung des Pflegeverhältnisses verläuft mitunter in dynamischer Weise: Zunächst war die Fremdunterbringung lediglich für wenige Monate geplant und entwickelte sich erst allmählich zu einem dauerhaften Verhältnis. In der Praxis wird deshalb unter Umständen ein Antrag gem. § 1630 III BGB noch nicht bereits zu Beginn des Pflegeverhältnisses gestellt, sondern erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit und als Ausdruck einer gelungenen Integration des Kindes in die Pflegefamilie. Weil § 1630 III BGB n.F. keinen Zeitpunkt für die Antragstellung nennt, reicht es aus, wenn das Pflegeverhältnis zur Zeit der Antragstellung noch besteht, beispielsweise dann, wenn sich herausstellt, daß das Kind für längere Zeit in der Obhut der Pflegeeltern bleiben wird.<sup>1039</sup> Daraus folgt auch, daß der Übertragung bestimmter sorgerechtlicher Befugnisse die Übertragung weiterer Befugnisse folgen darf.

Der Alternativkommentar<sup>1040</sup> befürwortet eine *analoge Anwendung des § 1630 III BGB auf einen Vormund oder Pfleger*, dessen Bestellung gegebenenfalls auf Grund der §§ 1666, 1666 a BGB erfolgte. Der Kommentar begründet seine Ansicht mit dem Normzweck des § 1630 III BGB, die rechtliche Stellung der Pflegeperson und ihre Auswirkung auf das Kind zu verbessern. Ohne eine analoge Anwendung könne die Vorschrift in der Praxis keine nennenswerte Bedeutung erlangen, da nur in der Minderheit der Fälle die Kinder von ihren leiblichen Eltern in der Pflegefamilie untergebracht würden. Ohnehin habe in diesen

---

<sup>1037</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 45;

<sup>1038</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 43;

<sup>1039</sup> Schwab, A 95, 96; Baer, FamRZ 1982, 221, 229

<sup>1040</sup> AK-BGB-Münder, § 1630, 4

Fällen schon immer die Möglichkeit bestanden, die elterliche Sorge den Pflegeeltern zur Ausübung zu übertragen, und zwar auch hinsichtlich der rechtsgeschäftlichen Vertretung. Der Unterschied zur Rechtslage vor 1980 würde sich darauf beschränken, daß bei einer Pflegerbestellung die Vertretungsbefugnis nach außen stärker erkennbar wäre, was sich eventuell bei Entscheidungen über ärztliche Eingriffe oder die Teilnahme an Reisen auswirken könnte. Folglich könne § 1630 III BGB nur mit Hilfe einer analogen Auslegung eine praktische Bedeutung erlangen.

Demgegenüber sollte aber meines Erachtens auch bedacht werden, daß falls das Jugendamt - wie regelmäßig nach der Entziehung des Sorgerechts der natürlichen Eltern - gem. § 1791 b BGB zum Vormund bestellt wurde, die Möglichkeit besteht, das Jugendamt gem. § 1887 I BGB zu entlassen und die Pflegeeltern zu Vormündern zu bestellen.<sup>1041</sup> Den Antrag auf Bestellung der Pflegepersonen zu Vormündern darf gem. § 1887 II BGB das Kind selbst stellen, sofern es das 14. Lebensjahr vollendet hat, ebenso jeder, der ein berechtigtes Interesse des Mündels geltend macht, das heißt, auch die Pflegeperson selbst. Gem. § 1887 II 3 Fall 1 BGB soll das Jugendamt seine Entlassung als Vormund selbst beantragen, falls die Entlassung dem Wohl des Kindes dient und eine andere als Vormund geeignete Person zur Verfügung steht (§ 1887 I BGB).<sup>1042</sup> - Daneben besteht die Möglichkeit, die Vormundschaft zwar bestehen zu lassen, jedoch die Pflegeperson gem. § 1909 I BGB zum Ergänzungspfleger für Angelegenheiten zu bestellen, an deren Besorgung der Vormund verhindert ist. Abwesenheit oder Krankheit des Vormunds sind Fälle von Verhinderung.<sup>1043</sup> Dann erstreckt sich das Recht und die Pflicht des Vormunds, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen, nicht auf diejenigen Angelegenheiten des Mündels, für die ein Pfleger bestellt ist (§ 1794 BGB). - Des weiteren kann dem Vormund im Rahmen des § 1796 BGB die Vertretungsmacht entzogen oder der Einzelvormund unter den Voraussetzungen des § 1886 BGB entlassen werden. - Aufgrund dieser Auswahl an Möglichkeiten besteht nach meinem Dafürhalten kein Bedürfnis für eine analoge Anwendung des § 1630 III BGB auf Vormünder bzw. Pfleger.

Der Anwendungsbereich des § 1630 BGB a.F. und n.F. ist enger als der des § 1688 BGB n.F., weil das Pflegeverhältnis in jedem Fall auf "*längere Zeit*" hin angelegt sein muß, so daß die in den Anwendungsbereich des § 1688 II BGB n.F. fallenden Pflegeverhältnisse im Rahmen der Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche im Sinn von § 35 a I 2, Nr. 3 SGB VIII/KJHG und im Rahmen der Heimerziehung in einer sonstigen betreuten Wohnform im Sinn von § 34 SGB VIII/KJHG noch nicht automatisch in den Anwendungsbereich des § 1630 III BGB n.F. fallen.

---

<sup>1041</sup>Baer, FamRZ 1982, 221, 229

<sup>1042</sup>Baer, FamRZ 1982, 221, 230

<sup>1043</sup>Palandt-Diederichsen, § 1909, 5

Das Familiengericht bestellt Pflegepersonen bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 1630 III BGB n.F. zu Pflegern, wenn sich das Kind in "*Familienpflege*" befindet, das heißt, wenn es in einer für Familien typischen Weise erzogen und versorgt wird und die Pflegestelle seinen Lebensmittelpunkt bildet,<sup>1044</sup> also wenn es für längere Zeit in einer Pflegefamilie untergebracht ist. Durch die familienähnliche Unterbringung unterscheidet sich die Familienpflege von der Heimunterbringung.<sup>1045</sup> Beispielsweise rechnet die Adoptionspflege<sup>1046</sup> oder die Unterbringung in der Familie eines Verwandten bzw. eines Paten dazu. Die Wirksamkeit eines Pflegevertrags und eine Pflegeerlaubnis sind nicht erforderlich.<sup>1047</sup> Bei den Pflegepersonen kann es sich auch um Partner einer sogenannten nichtehelichen Lebensgemeinschaft handeln.<sup>1048</sup>

### 3. Die Voraussetzungen für eine Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten gem. § 1630 III BGB n.F.

3.1 Es ist strittig, ob die Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse *Erforderlichkeit*<sup>1049</sup> oder *Zweckdienlichkeit*<sup>1050</sup> voraussetzt.

Auf verfassungsrechtliche Bedenken stößt die Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse im Hinblick auf die "*Unveräußerlichkeit*" des durch Art. 6 II GG gewährten Elternrechts. Es wird argumentiert, daß aufgrund der unverzichtbaren elterlichen Verantwortung für das Kind das Sorgerecht nicht durch eine auf Antrag der leiblichen Eltern ergehende gerichtliche Anordnung auf Dritte verlagert werden dürfe. Allerdings verkürzt diese Sicht den Inhalt der Rechtsnorm, denn sie läßt den in Art. 6 II 1 GG verwendeten Ausdruck "... die *zuvörderst* obliegende Pflicht" außer Acht. Mit dem Wort "*zuvörderst*" wollte der Gesetzgeber sagen, daß die Eltern mit ihrer Verpflichtung nicht alleingelassen werden, sondern daß es auch noch andere gibt, die zur Erziehung verpflichtet sind. Art. 6 III GG ist ein Abwehrrecht und verbietet die Trennung des Kindes von der Herkunftsfamilie *gegen den Willen* der Erziehungsberechtigten. Daraus folgt im Umkehrschluß, daß sich die Eltern, sofern sie dies wollen, von ihren Kindern sogar trennen dürfen. Allerdings hat der Staat gem. Art. 6 II 2 GG darüber zu wachen, daß *zuvörderst* die *Eltern* ihre Kinder pflegen und erziehen. Welche Grundsätze die Eltern dabei zu beachten haben, legte der Staat durch einfachgesetzliche Ausgestaltung des noch verbliebenen Spielraums fest. Für

<sup>1044</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 65

<sup>1045</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 38; OLG Hamm, NJW 1985, 3029, 3030; LG Frankfurt a. M., FamRZ 1984, 729

<sup>1046</sup> Palandt-Diederichsen, § 1630, 16

<sup>1047</sup> Palandt-Diederichsen, § 1632, 21

<sup>1048</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 65

<sup>1049</sup> Soergel/Strätz, § 1630, 9; Ermann-Michalski, § 1630, 12

<sup>1050</sup> Schwab, A 96 ff; Windel, FamRZ 1997, 713, 721, Fn 127 u. 128; Holzhauser, ZRP 1982, 222, 224; RGRK-Wenz, § 1630, 19; MüKo-BGB-Hinz, § 1630, 18; Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 51

den in § 1630 III BGB n.F. vorgesehenen staatlicher Kontrolle unterliegenden Dispositionsakt in Form der dem Familiengericht vorbehaltenen Übertragung, machte der Gesetzgeber zum Beispiel in § 1697 a BGB n.F. die Vorgabe, das Gericht habe nach Möglichkeit eine Lösung herbeizuführen, die dem Wohl des Kindes am besten entspricht. Damit wurde deutlich herausgestellt, daß die Übertragung gem. § 1630 III BGB n.F. nur in einer dem Kindeswohl dienenden, also verfassungskonformen Weise durchgeführt werden darf. Der Zweck des § 1630 III BGB n.F., das Kindeswohl zu fördern, wird zusätzlich auch bei einer Gesamtschau mit § 1666 I BGB n.F. sichtbar. Mit § 1630 III BGB n.F. ermöglichte der Gesetzgeber den Eltern, ihre Pflicht aus der Subsidiaritätsklausel des § 1666 I BGB n.F. zu erfüllen und damit gerichtlichen Maßnahmen zuvorzukommen. Andererseits versah der Gesetzgeber den § 1630 III BGB n.F. im Unterschied zu § 1628 BGB n.F. nicht mit einer Notwendigkeitsklausel. Dies ist ein Indiz zugunsten "Zweckdienlichkeit" und gegen "Erforderlichkeit". Auch die Tatsache, daß der Gesetzgeber eine Adoption erlaubt, ohne daß sie erforderlich sein muß, unterstreicht die *Freiheit der Eltern in der Wahl der Mittel*. Für die Eltern besteht somit grundsätzlich kein Verbot, sich fremder Hilfe selbst dann zu bedienen, wenn dies zwar dem Kindeswohl förderlich, aber nicht unbedingt erforderlich ist. § 1666 a BGB, der "Erforderlichkeit" verlangt, gilt für Maßnahmen des Gerichts, nicht für solche der Eltern. Weil § 1630 III BGB nicht die notwendige, sondern die vorteilhafte Gestaltung der Rechtsverhältnisse bezweckt, muß es im Rahmen des § 1630 III BGB genügen, daß die Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse mit dem Kindeswohl im Einklang steht.<sup>1051</sup>

3.2 Im Rahmen der Prüfung der Vereinbarkeit der Sorgerechtsübertragung mit dem Kindeswohl kann es auf öffentliche Belange ankommen. Daher bedarf die Pflegeperson grundsätzlich einer *Pflegeerlaubnis im Sinn von § 44 SGB VIII/KJHG*. Wenn die Erlaubnis endgültig abgelehnt wurde bzw. solange die Erlaubnis noch aussteht, kann die Übertragung nicht ausgesprochen werden.

3.3 Die Sorgerechtsübertragung durch das Familiengericht erfolgt, da antragsgebunden, in einem sogenannten reinen Antragsverfahren.<sup>1052</sup> *Antragsberechtigt* sind sowohl die Eltern als auch die Pflegeperson. Für die Übertragung auf Antrag der Pflegeperson ist die Zustimmung der Eltern erforderlich (§ 1630 III 2 BGB n.F.).

3.4 Die die Übertragung beantragenden Eltern müssen das Sorgerecht besitzen. Steht es beiden Eltern zu, bedarf es für eine Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse eines *gemeinsamen*, das heißt in gegenseitigem Einvernehmen gestellten *Antrags*, (§ 1626 I 1, 1627 S. 1

---

<sup>1051</sup>Schwab, A 97

<sup>1052</sup>Knöringer, FGG, S. 39

BGB).<sup>1053</sup>

Im Fall eines *elterlichen Dissenses* hinsichtlich der Stellung eines Antrags gem. § 1630 III BGB ist umstritten, ob ein solcher in einem *Verfahren gem. § 1628 BGB* entschieden werden kann.<sup>1054</sup> Denn § 1628 BGB findet nach h.M. keine Anwendung auf Rechtshandlungen, mit denen über das elterliche Sorgerecht als solches verfügt wird und die höchstpersönliche Rechte zum Gegenstand haben und keine Einigung zwischen den Eltern voraussetzen.<sup>1055</sup> Zu diesen Rechtshandlungen gehörten hiernach unter anderem die Einwilligung in die Annahme des Kindes gem. § 1747 BGB und die Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten auf die Pflegepersonen gem. § 1630 III BGB.

Jedoch verkennt meines Erachtens die h.M. einen entscheidenden Unterschied zwischen der Einwilligung in die Adoption gem. § 1747 BGB und der Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB: Während eine Einwilligung in eine *Adoption* gem. § 1747 I 1 BGB n.F. *getrennte* Einwilligungen *beider* Elternteile voraussetzt,<sup>1056</sup> bedarf es für eine *Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse* auf Antrag der Eltern gem. § 1630 III 1 BGB n.F. eines *gemeinsamen elterlichen Antrags*.<sup>1057</sup> Die Stellung eines gemeinschaftlichen Antrags erfordert, anders als die getrennte Abgabe der Einwilligungserklärung gem. § 1747 I 1 BGB n.F., eine vorangegangene Einigung der Eltern.

Die Verpflichtung zur gemeinschaftlichen Antragstellung gem. § 1630 III BGB beruht auf der gemeinsamen elterlichen Sorge gem. § 1626 I 1 BGB n.F.;<sup>1058</sup> die Erforderlichkeit getrennter Einwilligungen in die Adoption gem. § 1747 I 1 BGB n.F. folgt aus dem jedem Elternteil einzeln zustehenden Elternrecht gem. Art. 6 II 1 GG, das nicht davon abhängt, wem das Sorgerecht zusteht.<sup>1059</sup>

Damit fehlt es meines Erachtens an einer der genannten kumulativen Voraussetzungen. Folglich findet § 1628 BGB n.F. Anwendung. Diese Lösung bietet den Vorteil, daß die endgültige Entscheidung statt von einer staatlichen Stelle im Rahmen des § 1666 BGB immerhin von einem *Elternteil* getroffen wird. Die Konfliktlösung unter Wahrung der Familienautonomie dient meines Erachtens naturgemäß dem Rechtsfrieden wesentlich besser als direkter staatlicher Zwang. Auch aus diesem Grund muß bei einem elterlichen Dissens der beschriebenen Art das Verfahren vor dem Familiengericht gem. § 1628 BGB

<sup>1053</sup> Palandt-Diederichsen, § 1626, 12; Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 46

<sup>1054</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 46

<sup>1055</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1628, 19

<sup>1056</sup> Oberloskamp, S. 109; Beitzke/Lüderitz, S. 354

<sup>1057</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 46

<sup>1058</sup> Palandt-Diederichsen, § 1626, 12

<sup>1059</sup> Oberloskamp, a.a.O., S. 109



n.F. zur Verfügung stehen.<sup>1060</sup>

3.5 Ein gem. § 106 BGB beschränkt geschäftsfähiger *minderjähriger leiblicher Elternteil*, der gem. § 1673 II BGB lediglich ein beschränktes Sorgerecht besitzt, bedarf zur Stellung eines Antrags gem. § 1630 III BGB meines Erachtens weder der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters noch der Zustimmung eines eventuell für das Kind bestellten Vormunds oder Pflegers.

Hinsichtlich der Erforderlichkeit der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des minderjährigen Elternteils kann meines Erachtens § 1750 III 1 BGB analog angewendet werden. Danach bedarf ein beschränkt geschäftsfähiger Elternteil, abweichend von der Grundregel des § 107 BGB, zur Einwilligung in die Adoption seines Kindes nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Es wäre ein Wertungswiderspruch, wenn der gesetzliche Vertreter des minderjährigen Elternteils der Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB, die ein wesentliches Minus zu einer Adoption darstellt, zustimmen müßte, während dies bei einer Adoption nicht der Fall ist.

Auch der eventuell *für das Kind bestellte Vormund oder Pfleger* braucht meines Erachtens der Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB nicht zuzustimmen. Zwar ist ein minderjähriger Elternteil gem. § 1673 II 2, HS 2 BGB nicht zur *Vertretung* des Kindes befugt und gilt auch hinsichtlich des den Antrag gem. § 1630 III BGB, d.h. den auf die Übertragung ihm nicht zustehender Vertretungsbefugnisse gerichteten Antrag, stellenden minderjährigen Elternteils der Grundsatz, daß niemand mehr Rechte übertragen kann, als ihm selbst zustehen. Jedoch verliert ein *Vormund oder Pfleger* im Fall einer *Adoption* des Kindes seine Rechte gem. § 1673 II BGB ohne seine Zustimmung. Es wäre ebenfalls ein Wertungswiderspruch, wenn der Vormund oder Pfleger einer Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB, die ein wesensgleiches Minus zu einer Adoption darstellt, zustimmen müßte, einer Adoption hingegen nicht.

3.6 Ist sich ein *Pflegeelternpaar* uneins hinsichtlich der Stellung eines Antrags gem. § 1630 III BGB, stellen sich die im Fall eines *Dissenses* zwischen leiblichen Eltern ergebenden Probleme nicht. Denn ein einzelner Pflegeelternteil kann in einem solchen Fall die Übertragung der begehrten sorgerechtlichen Befugnisse auf *sich allein* beantragen, weil § 1630 III BGB allein von der *Pflegeperson* spricht mit der Folge, daß jeder Pflegeelternteil *unabhängig* vom anderen Pflegeelternteil die Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse auf sich selbst beantragen darf.

---

<sup>1060</sup> gleiches Ergebnis: Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 123; MüKo-BGB-Hinz, § 1630, 15; Soergel-Strätz, § 1630, 9

3.7 Strittig ist in der Literatur, ob ein *Antrag gem. § 1630 III 1 BGB n.F.* statt durch die Eltern oder die Pflegeperson auch *durch einen Vertreter* gestellt werden darf.<sup>1061</sup> Meines Erachtens läßt § 1630 III 1 BGB n.F. eine Antragstellung durch das Jugendamt oder einen beliebigen Dritten als Vertreter zu; denn § 1630 III 1 BGB n.F. enthält weder ein Pendant zu § 1750 III 1 BGB noch ein Pendant zu § 1752 II 1 BGB, wonach die Einwilligung der Eltern in eine Adoption nicht durch einen Vertreter erteilt bzw. ein Adoptionsantrag nicht durch einen Vertreter gestellt werden darf.

Grundsätzlich dürfen alle rechtsgeschäftlichen Handlungen nicht-höchstpersönlicher Natur durch einen Stellvertreter vorgenommen werden.<sup>1062</sup> Daher bedarf es meines Erachtens keiner Erörterung, ob man eine Vertretung der Eltern oder der Pflegeperson durch das Jugendamt bei der Antragstellung gem. § 1630 II BGB aufgrund einer Vollmacht erlauben sollte, da sich die Zulässigkeit einer Stellvertretung bereits aus dem Gesetz ergibt.

3.8 Im Fall einer Antragstellung durch die Eltern ist die *Einwilligung der Pflegeeltern* eine ungeschriebene und selbstverständliche Voraussetzung, obwohl das BGB diese an keiner Stelle erwähnt.<sup>1063</sup> Das Zustimmungserfordernis betrifft sowohl das "Ob" als auch das "Wie" der Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten.<sup>1064</sup> Zwar richtet sich die Rechtsstellung der Pflegeeltern im Fall des § 1630 III BGB gem. §§ 1630 III 3 n.F. (1630 III 2 a.F.), 1915 I BGB grundsätzlich nach Vormundschaftsrecht. Dieses verpflichtet in § 1785 BGB jeden Deutschen zur Übernahme einer Vormundschaft, es sei denn, es greift einer der in § 1786 BGB abschließend aufgezählten Ablehnungsgründe ein. Folgt man derjenigen Literaturmeinung, die § 1785 BGB auch auf die Familienpflege anwendet, dürften Pflegepersonen ohne ihre Zustimmung zur Übernahme einer Pflegschaft verpflichtet werden. Jedoch eignen sich die §§ 1785, 1786 BGB nicht für eine Anwendung auf die Familienpflege,<sup>1065</sup> so daß eine Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten nur auf zur Übernahme bereite Pflegeeltern erfolgen sollte. Denn eine Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten auf nicht zur Übernahme bereite Pflegepersonen läuft dem Wohl des Pflegekindes zuwider.<sup>1066</sup>

Außerdem gilt es meines Erachtens zu bedenken, daß § 1630 III BGB strenggenommen gar nicht auf § 1785 BGB verweist. Denn gem. § 1630 III 3 BGB n.F. bzw. gem. § 1630 III 2 BGB a.F. besitzt eine Pflegeperson *erst nach der bereits erfolgten Übertragung*

---

<sup>1061</sup> Schwab, A 96

<sup>1062</sup> Staudinger-Schilken, vor §§ 164 ff, 40

<sup>1063</sup> Schwab, A 95; Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 47; MüKo-BGB-Hinz, § 1630, 21

<sup>1064</sup> MüKo-BGB-Schwab, § 1915, 3; MüKo-BGB-Hinz, § 1630, 21, Fn 45; Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 123

<sup>1065</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 124, Fn 21; Jauernig-Schlechtriem, § 1630, 4

<sup>1066</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 124

sorgerechtlicher Befugnisse die Rechte und Pflichten eines Pflegers mit der Folge, daß die für die *Bestellung* eines Pflegers und somit aufgrund der Verweisung in § 1915 I BGB die für die *Bestellung* eines Vormunds geltenden Regeln im Fall der Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB *keine Anwendung* finden. Daher scheidet § 1785 BGB als Rechtsgrundlage für eine Verpflichtung der Pflegeeltern zur Übernahme sorgerechtlicher Befugnisse aus.

Diese Konstellation ist meines Erachtens vergleichbar mit derjenigen in § 1257 BGB, der nur ein *bereits entstandenes* gesetzliches Pfandrecht den rechtsgeschäftlich begründeten Pfandrechten gleichstellt, so daß die Regeln über die Entstehung von auf einem Rechtsgeschäft beruhenden Pfandrechten und folglich auch § 1207 BGB, der den gutgläubigen Erwerb von auf einem Rechtsgeschäft basierenden Pfandrechten ermöglicht, auf gesetzliche Pfandrechte, z.B. auf das Werkunternehmerpfandrecht gem. § 647 BGB, keine Anwendung finden.<sup>1067</sup>

Wenn § 1785 BGB nicht anwendbar ist, fehlt es somit an einer Rechtsgrundlage für eine Verpflichtung der Pflegepersonen zur Übernahme sorgerechtlicher Befugnisse. Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Ermächtigung für eine Verpflichtung der Pflegeeltern zur Übernahme sorgerechtlicher Befugnisse, d.h. zu einem Tätigwerden i.S.v. Art. 2 I GG, würde eine Verpflichtung trotz fehlender Zustimmung gegen das Prinzip des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts verstoßen<sup>1068</sup> und damit in unzulässiger Weise in das Grundrecht der Pflegepersonen aus Art. 2 I GG eingreifen. Wohl deshalb war bereits auf dem 54. DJT 1982 empfohlen worden, § 1630 III BGB dahingehend zu ergänzen, daß eine Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse das Einverständnis der Pflegeeltern erfordert.<sup>1069</sup> Dies ist jedoch bislang unterblieben.

3.9 Im Fall der Antragstellung durch die Pflegeeltern schreibt § 1630 III 2 BGB n.F. die *Zustimmung der leiblichen Eltern* vor. Da die Zustimmung als bloßes passives Dulden ein wesensgleiches Minus zur Antragstellung als aktives Tun darstellt, sollten für die Zustimmung meines Erachtens die gleichen Regeln gelten wie für eine Antragstellung durch die Eltern.

3.10 § 1630 III 2 BGB n.F. gestattet meines Erachtens eine Vertretung bei der Erklärung der Zustimmung in ähnlicher Weise wie dies bei der Antragstellung gem. § 1630 III 1 BGB n.F. möglich ist.

---

<sup>1067</sup>Gottwald, Nr. 197, S. 261/262; Stock, JA 1997, 458, 464

<sup>1068</sup>Maurer, § 6, 12, S. 101

<sup>1069</sup>Schwab, A 95

3.11 Meines Erachtens setzt § 1630 III 2 BGB n.F. lediglich eine *Zustimmung* derjenigen natürlichen *Elternteile* voraus, die das *Personensorgerecht besitzen*; denn gem. § 1630 III 1 BGB alter wie neuer Fassung besitzen nur diejenigen biologischen Elternteile ein Antragsrecht, denen die Personensorge zusteht und die berechtigt sind, diese auszuüben.<sup>1070</sup> Daher hat z.B. bei nicht miteinander verheirateten Eltern im Fall des § 1626 a II BGB n.F. von den leiblichen Eltern allein die Mutter und im Fall der Verhinderung oder des Ruhens der elterlichen Sorge des einen natürlichen Elternteils gem. § 1678 I, HS 1 BGB oder des Entzugs des Sorgerechts des einen biologischen Elternteils gem. § 1680 III i.V.m. Abs. 1 BGB n.F. allein der andere biologische Elternteil ein Antragsrecht. In solchen Fällen braucht der nicht sorgeberechtigte Elternteil der Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse nicht einmal zuzustimmen, da § 1630 III BGB diesbezüglich keine Zustimmungserfordernisse normiert.

Auch eine analoge Anwendung des § 1747 I 1 BGB n.F., wonach eine Adoption die Einwilligung *beider* leiblichen Elternteile voraussetzt, *unabhängig* davon, *ob diesen ein Sorgerecht zusteht oder nicht*,<sup>1071</sup> kommt nicht in Betracht. Denn es fehlt an einem Bedürfnis für eine entsprechende Anwendung des § 1747 I 1 BGB n.F., weil sich die Rechtsstellung eines natürlichen Elternteils, dem kein Sorgerecht zusteht oder dessen elterliche Sorge i.S.v. § 1675 BGB ruht, infolge der bloßen Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB nicht verschlechtert:

- Das *Umgangsrecht* gem. § 1684 I, HS 2 BGB n.F. *bleibt* in ungeschmälertem Umfang *erhalten*; erst mit der Einwilligung des betreffenden natürlichen Elternteils in eine Adoption darf dieser sein Umgangsrecht gem. § 1751 I 1, HS 2 BGB nicht mehr ausüben.
- Die bloße Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB hat, anders als der Ausspruch der Annahme als Kind gem. § 1755 I 1 BGB, *kein Erlöschen von Verwandtschaftsverhältnissen* zur Folge.
- Die gem. § 1630 III BGB zu übertragenden sorgerechtlichen Befugnisse standen demjenigen leiblichen Elternteil, der kein Sorgerecht besitzt oder dessen elterliche Sorge i.S.v. § 1675 BGB ruht, ohnehin nicht zu, so daß dieser *keine sorgerechtlichen Befugnisse* verliert.

§ 1630 III 2 BGB n.F. enthält meines Erachtens eine Ungenauigkeit, denn es wird dort der Begriff "Eltern" verwendet. Bei wörtlicher Auslegung bedürfte es demnach auch der Zustimmung desjenigen Elternteils, dem die Personensorge nicht zusteht. Daß der Gesetzgeber aber nur den "Inhaber der elterlichen Sorge" meint, erkennt man erst aus dem Umkehrschluß aus Satz 1 und der Zusammenschau mit Satz 2. Aus Gründen der

<sup>1070</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1630, 11

<sup>1071</sup> BT-Drucksache 7/3061, S. 36; Palandt-Diederichsen, § 1747, 2

Rechtsklarheit wäre daher dem Gesetzgeber zu empfehlen, zumindest in Satz 2 den Begriff "Eltern" durch den Terminus "Inhaber der elterlichen Sorge" zu ersetzen.

3.12 Des weiteren stellt sich die Frage, ob ein gem. § 1903 I 1 BGB unter *Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt* stehender Elternteil zur Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III 1 BGB n.F. oder zur Zustimmung zur Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III 2 BGB n.F. der Einwilligung seines Betreuers bedarf. Denn seit dem Inkrafttreten des Betreuungsgesetzes lassen sowohl die Bestellung eines Betreuers gem. § 1896 I 1 BGB als auch die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts gem. § 1903 I 1 BGB das elterliche Sorgerecht des Betreuten unberührt;<sup>1072</sup> dies liegt daran, daß weder die Bestellung eines Betreuers noch die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts zu den gesetzlich normierten Gründen gehören, bei deren Vorliegen die elterliche Sorge ruht oder endet.

Ein *Ruhen* der elterlichen Sorge tritt in folgenden Fällen ein:

- falls das Familiengericht gem. § 1674 I BGB feststellt, daß der betreffende Elternteil das Sorgerecht längerfristig nicht ausüben kann;<sup>1073</sup>
- gem. § 1673 I BGB im Fall der Geschäftsunfähigkeit des betreffenden Elternteils;<sup>1074</sup> jedoch haben weder die Bestellung eines Betreuers noch die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts eine Geschäftsunfähigkeit des Betreuten i.S.v. § 104 BGB zur Folge;<sup>1075</sup>
- gem. § 1673 II 1 BGB im Fall der beschränkten Geschäftsfähigkeit i.S.v. § 106 BGB des betreffenden Elternteils;<sup>1076</sup> allerdings können gem. § 106 BGB nur Minderjährige beschränkt geschäftsfähig sein,<sup>1077</sup> während die Bestellung eines Betreuers gem. §§ 1896 I 1, 1908 a, S. 2 BGB frühestens mit dem Eintritt der Volljährigkeit des Betreuten wirksam werden kann;<sup>1078</sup>
- gem. § 1751 I 1, HS 1 BGB mit der Einwilligung des betreffenden Elternteils in die Adoption des Kindes.<sup>1079</sup>

Zu einem *Ende* der elterlichen Sorge kommt es in folgenden Fällen:

- mit der Volljährigkeit des Kindes;<sup>1080</sup>

<sup>1072</sup>Palandt-Diederichsen, § 1673, 5

<sup>1073</sup>Schwab, Rnr 652, S. 306

<sup>1074</sup>Schwab, Rnr 652, S. 306

<sup>1075</sup>Palandt-Heinrichs, Einführung vor § 104, 2

<sup>1076</sup>Schwab, Rnr 652, S. 306

<sup>1077</sup>Palandt-Heinrichs, § 106, 1

<sup>1078</sup>Palandt-Diederichsen, § 1896, 3

<sup>1079</sup>Schwab, Rnr 709, S. 334

<sup>1080</sup>Schwab, Rnr 657, S. 307

- mit dem Tod des betreffenden Elternteils;<sup>1081</sup>
- im Fall der Entziehung des Sorgerechts des betreffenden Elternteils durch gerichtliche Entscheidung gem. §§ 1666, 1666 a BGB;<sup>1082</sup>
- im Fall der gerichtlichen Übertragung des alleinigen Sorgerechts auf den anderen Elternteil gem. §§ 1671, 1672 BGB;<sup>1083</sup>
- gem. § 1754 III BGB mit der Rechtskraft des Adoptionsbeschlusses.<sup>1084</sup>

Die Tatsache, daß sich weder die Bestellung eines Betreuers noch die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts auf das elterliche Sorgerecht des Betreuten auswirken, hat zur Folge, daß die Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB grundsätzlich auch bei einem unter Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt stehenden Elternteils entweder dessen Antrag gem. § 1630 III 1 BGB n.F. oder dessen Zustimmung gem. § 1630 III 2 BGB n.F. erfordert.

Eine Person, die unter Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt steht, benötigt gem. § 1903 III 1 BGB zu prinzipiell allen Willenserklärungen, die ihr nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen, und auf die sich der Einwilligungsvorbehalt erstreckt, die Zustimmung ihres Betreuers. Jedoch darf ein solcher Einwilligungsvorbehalt unter anderem gem. § 1903 II, F. 3 BGB hinsichtlich derjenigen Willenserklärungen, die ein beschränkt Geschäftsfähiger nach den Rechtsnormen des Vierten und Fünften Buchs des BGB ohne die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters vornehmen kann, niemals angeordnet werden. Zu diesen Willenserklärungen gehört auch die Einwilligung eines Elternteils in die Adoption des Kindes gem. §§ 1741 I 1, 1750 III 2 BGB.<sup>1085</sup>

Weil die Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB n.F. ein wesensgleiches Minus zu einer Adoption darstellt, muß meines Erachtens § 1903 II, F. 3 BGB sowohl auf den Antrag des unter Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt stehenden Elternteils gem. § 1630 III 1 BGB n.F. als auch auf dessen Zustimmung gem. § 1630 III 2 BGB n.F. Anwendung finden. Dies hat zur Folge, daß ein gem. § 1903 I 1 BGB unter Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt stehender *Elternteil weder zur Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III 1 BGB n.F. noch zur Zustimmung zur Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III 2 BGB n.F. der Einwilligung seines Betreuers bedarf.*

3.13 Für den Fall, daß der *Inhaber der elterlichen Sorge* die *Zustimmung* gem. § 1630 III 2

---

<sup>1081</sup>Schwab, Rnr 658, S. 307

<sup>1082</sup>Schwab, Rnr 659, S. 308

<sup>1083</sup>Schwab, Rnr 660, S. 308

<sup>1084</sup>Schwab, Rnr 714, S. 336

<sup>1085</sup>Palandt-Diederichsen, § 1903, 13

*BGB n.F. nicht erteilt*, hat der Gesetzgeber, anders als im Adoptionsrecht, keine Möglichkeit kodifiziert, um die Zustimmung zu ersetzen. Um dennoch eine Lösung herbeizuführen, muß meines Erachtens auf die Ursachen für die Untätigkeit des Inhabers der elterlichen Sorge abgestellt werden.

Handelt es sich um anhaltend gröbliche oder besonders schwere Pflichtverletzungen bzw. um Gleichgültigkeit des Inhabers der elterliche Sorge gegenüber dem Kind, liegen die Voraussetzungen des § 1666 I BGB n.F. wegen Vernachlässigung des Kindes oder Versagens der Eltern vor. Das Familiengericht kann dann unter Beachtung des Subsidiaritäts- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dem Inhaber der elterlichen Sorge das Sorgerecht ganz oder teilweise entziehen und gem. § 1697 BGB n.F. die Pflegeperson direkt zum Vormund (§ 1773 I, F. 1 BGB) bzw. zum Ergänzungspfleger (§ 1909 I 1 BGB) oder einen Dritten zum Vormund und die Pflegeperson zum Ergänzungspfleger bestellen.

In Fällen, in denen der Inhaber der elterlichen Sorge zur Erklärung seiner Zustimmung gem. § 1630 III 2 BGB n.F. wegen körperlicher oder geistiger Krankheit oder Alkoholsucht dauerhaft außerstande oder sein Aufenthalt dauerhaft unbekannt ist,<sup>1086</sup> kann das Familiengericht feststellen, daß die elterliche Sorge ruht. Solange die elterliche Sorge ruht, ist der betreffende Elternteil nicht berechtigt, sie auszuüben (§ 1675 BGB). Nach wie vor steht aber das Kind unter elterlicher Sorge. Wer unter elterlicher Sorge steht, erhält für Angelegenheiten, an deren Besorgung die Eltern verhindert sind, einen Pfleger (§ 1909 I 1 BGB). Gem. §§ 1693, 1697, F. 2 und 1697 a BGB n.F. ist das Familiengericht zum Tätigwerden verpflichtet und kann gleichzeitig mit der Feststellung nach § 1674 I BGB n.F. die Pflegeperson direkt zum Pfleger bestellen.

Einer analogen Anwendung der §§ 1747 IV und 1748 I - III BGB bedarf es daher nicht.

3.14 Da das BGB *keine Einwilligung des Kindes* vorschreibt, stellt diese keine formelle Verfahrensvoraussetzung dar. In materiell-rechtlicher Hinsicht kann der Wunsch und Wille des Kindes bei der Frage der Beurteilung des Kindeswohls und der Angemessenheit der Übertragung durchaus eine Rolle spielen, was zur Folge hat, daß die Anhörung des Kindes gem. § 50 b FGG vorgeschrieben ist.<sup>1087</sup> Für eine analoge Anwendung des § 1746 I 1 BGB, wonach eine Adoption eine Einwilligung des Kindes voraussetzt, besteht meines Erachtens kein Raum, weil eine bloße Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB anders als eine Adoption für das Kind zu keinem Verlust von Rechtspositionen führt; denn infolge der bloßen Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB kommt weder ein Verwandtschaftsverhältnis noch eines der in den

<sup>1086</sup> Palandt-Diederichsen, § 1674, 1 u. 5

<sup>1087</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 48

§§ 1684, 1685 BGB n.F. normierten Umgangsrechte des Kindes zum Erlöschen.

3.15 Das Gericht hat grundsätzlich im Rahmen des § 1909 BGB zu prüfen, ob ein Bedürfnis für die Bestellung eines Ergänzungspflegers vorliegt.<sup>1088</sup> Anders verhält es sich bei der Pflegerbestellung gem. § 1630 III BGB, weil eine der alternativen Voraussetzungen des § 1909 BGB, die Verhinderung der leiblichen Eltern aus tatsächlichen Gründen, regelmäßig erfüllt ist.<sup>1089</sup> Das Fürsorgebedürfnis braucht deshalb nicht besonders geprüft zu werden; es ist grundsätzlich zu bejahen.

3.16 Da die für die *Bestellung* von Pflegern geltenden Regeln der §§ 1915 I, 1773 - 1791 c BGB auf die Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten gem. § 1630 III BGB n.F. keine Anwendung finden, bedürfen *Beamte und Religionsdiener* in diesem Fall nicht der ansonsten unter Umständen erforderlichen Genehmigung gem. §§ 1915 I, 1784 I BGB.

3.17 Zusätzlich setzt § 1630 III BGB alter wie neuer Fassung, ähnlich wie § 1688 I BGB n.F., voraus, daß das Pflegeverhältnis *für längere Zeit begründet* wurde, was zur Folge hat, daß es, anders als im Rahmen des § 1632 IV BGB, nicht auf die bisherige Dauer des Pflegeverhältnisses ankommt, sondern auf dessen *geplante* weitere Fortdauer.<sup>1090</sup> Als Indiz für die geplante künftige Dauer des Pflegeverhältnisses dient, wenn sich das Kind schon längere Zeit in Familienpflege befindet, deren bisherige, im übrigen die in Aussicht genommene zukünftige Dauer. Bezüglich der Dauer selbst lassen sich keine exakten Zeiträume angeben. Vielmehr ist der Begriff "längere Zeit" in § 1630 III BGB, ähnlich wie im Rahmen des § 1632 IV BGB, *im Licht des kindlichen Zeitbegriffs* zu interpretieren.<sup>1091</sup> Dies bedeutet, daß das Tatbestandsmerkmal "längere Zeit" um so eher erfüllt ist, je jünger das Kind im Zeitpunkt der Fremdplazierung ist.

Anders als im Rahmen des § 1688 BGB n.F. spielt der Zeitfaktor auch im Rahmen der in den Anwendungsbereich des § 1688 II BGB n.F. fallenden Pflegeverhältnisse eine Rolle, d.h. in bezug auf die Pflegeverhältnisse im Rahmen der Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche gem. § 35 a I 2, Nr. 3 u. 4 SGB VIII/KJHG und im Rahmen der Heimerziehung und der Erziehung in einer sonstigen betreuten Wohnform i.S.v. § 34 SGB VIII/KJHG. Dies liegt daran, daß § 1630 III BGB die § 1688 II BGB n.F. unterfallenden Pflegeverhältnisse den auf längere Zeit begründeten Pflegeverhältnissen nicht gleichstellt. Daher muß im Rahmen des § 1630 III BGB auch ein in den Anwendungsbereich des § 1688 II BGB n.F. fallendes Pflegeverhältnis auf längere Zeit

<sup>1088</sup> Palandt-Diederichsen, § 1909, 6

<sup>1089</sup> MüKo-BGB-Schwab, § 1909, 17 ff; Windel, FamRZ 1997, 713, 721

<sup>1090</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 42

<sup>1091</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 41



begründet sein.

#### 4. Das Ermessen bei der Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten gem. § 1630 III BGB n.F.

Nach dem Wortlaut des § 1630 III 1 BGB n.F. "kann" das Gericht auf Antrag der Eltern oder der Pflegeperson Angelegenheiten der elterlichen Sorge auf die Pflegeperson übertragen. Dies bedeutet, daß das Gericht das Recht, nicht jedoch die Pflicht besitzt, die elterliche Sorge auf die Pflegeeltern zu übertragen. Das Amtsermittlungsprinzip (§ 12 FGG) verpflichtet das Gericht zu prüfen, ob die Übertragung dem Kindeswohl dient (§ 1697 a BGB n.F.) und dem Normzweck des § 1630 III BGB entspricht. Allerdings ist strittig, ob das Gericht bei seiner Entscheidung ein Ermessen besitzt.<sup>1092</sup>

Ein *Ermessen* besteht dann, wenn das Gericht bei Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestands zwischen mehreren Verhaltensweisen wählen darf.<sup>1093</sup>

Diejenige Meinung, die ein *Ermessen* des Gerichts *ablehnt*, verdient den *Vorzug*. Denn das Gericht hat zunächst die unbestimmten Rechtsbegriffe "berechtigte Interessen der Beteiligten" und "Wohl des Kindes" auszulegen, dann die tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten, sowie die Interessen der Beteiligten festzustellen und schließlich diejenige Lösung zu suchen, die dem Wohl dieses Kindes am besten entspricht. Falls die übrigen Voraussetzungen des § 1630 III BGB erfüllt sind, darf das Gericht die beantragte Übertragung lediglich dann ablehnen, wenn sie *rechtswidrig* ist oder dem Normzweck des § 1630 III BGB widerspricht.<sup>1094</sup>

In bezug auf das fehlende Ermessen trotz des Worts "kann" im Gesetzestext lassen sich meines Erachtens *Parallelen zu § 1632 IV BGB* feststellen. Denn obgleich § 1632 IV BGB ebenfalls davon spricht, daß das Gericht den Verbleib des Kindes in der Pflegestelle anordnen "kann", handelt es sich bei § 1632 IV BGB *nicht* um eine *Ermessensnorm*, weil er den Richter bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1632 IV BGB zum Eingreifen verpflichtet.<sup>1095</sup> Diese Verpflichtung zum Eingreifen beruht meines Erachtens auf dem staatlichen *Wächteramt* gem. Art. 6 II 2 GG, wonach alle zuständigen staatlichen Stellen die Pflicht trifft, drohende Gefährdungen des Kindeswohls abzuwehren.

Jedoch darf die Bedeutung des Meinungsstreits hinsichtlich des Ermessens nicht überschätzt

---

<sup>1092</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 50

<sup>1093</sup> Maurer, § 7, 7, S. 113

<sup>1094</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 51

<sup>1095</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 81

werden. Denn auch wenn man ein Ermessen des Gerichts bejaht, so besitzt das Gericht doch nur ein Auswahlermessen und *kein Entschließungsermessen*. Dies bedeutet, daß sich das gerichtliche Ermessen nicht darauf bezieht, ob es eine zulässige Maßnahme überhaupt treffen will (Entschließungsermessen), sondern lediglich darauf, welche von mehreren zulässigen Maßnahmen das Gericht im Fall des Tätigwerdens ergreifen möchte (Auswahlermessen).<sup>1096</sup> Denn aufgrund des staatlichen Wächteramts gem. Art. 6 II 2 GG obliegt dem Gericht die Pflicht, gem. § 1630 III BGB sorgerechtliche Befugnisse zu übertragen, ohne daß das Gericht bezüglich des "Ob" einen Ermessensspielraum besäße. Falls die Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten diejenige Entscheidung ist, die unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten, sowie der berechtigten Interessen der Beteiligten dem Wohl des Kindes am besten entspricht (§ 1697 a BGB n.F.), steht dem Gericht kein Entschließungsermessen zu. Daher besitzt das Gericht, auch wenn man derjenigen Meinung folgt, die ein gerichtliches Ermessen im Rahmen des § 1630 III BGB bejaht, nur ein *Auswahlermessen*. Dafür könnte sprechen, daß Fälle denkbar sind, in denen es nicht nur eine mögliche Lösung gibt, sondern in denen der Richter unter mehreren exakt gleich guten Lösungen auszuwählen hat. Soweit man annimmt, daß dem Gericht ein Auswahlermessen zukommt, darf das Gericht hinter dem Antrag zurückbleiben.<sup>1097</sup>

Verneint man ein Auswahlermessen des Gerichts, hängt die Frage, ob das *Gericht hinter dem Antrag zurückbleiben* darf, davon ab, ob es auf die *Erforderlichkeit* der im Einzelfall beantragten Maßnahme ankommt<sup>1098</sup> oder ob man ausschließlich die Kindeswohlgerechtigkeit und Zweckdienlichkeit für entscheidungsrelevant hält.<sup>1099</sup> Derjenigen Meinung, wonach die im Einzelfall beantragte Maßnahme erforderlich sein muß, entzog § 1697 a BGB n.F. den Boden. Daher bleibt nur noch Raum für diejenige Ansicht, wonach es bei der Entscheidung allein auf die Kindeswohlgerechtigkeit und Zweckdienlichkeit ankommt.

Dies bedeutet, daß - soweit man ein Auswahlermessen des Gerichts verneint - das Gericht lediglich in denjenigen Fällen hinter dem Antrag zurückbleiben darf, in denen die Kindeswohlgerechtigkeit und Zweckdienlichkeit es gebieten, daß die sorgerechtlichen Befugnisse, deren Übertragung beantragt wurde, nur teilweise auf die Pflegeperson übertragen werden.

Unabhängig davon, ob man ein gerichtliches Auswahlermessen bejaht oder verneint, muß sich das Gericht bei der Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten an den durch den Antrag, der insoweit Sachantrag ist, vorgegebenen Rahmen halten; dies bedeutet, daß das *Gericht*

---

<sup>1096</sup> Maurer, § 7, 7, S. 113/114

<sup>1097</sup> Knöringer, FGG, S. 5

<sup>1098</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 52

<sup>1099</sup> Schwab, A 102; Bruggemann, ZBJugR 1980, 53

nicht über den Antrag hinausgehen darf.<sup>1100</sup> Geht ein Antrag i.S.v. § 1630 III BGB bei Gericht ein, so darf dieses daher *weder andere noch weitere* Sorgerechtsangelegenheiten auf die Pflegeeltern übertragen, als dies dem Willen der natürlichen Eltern entspricht, weil ansonsten das verfassungsrechtlich geschützte Elternrecht gem. Art. 6 II GG in unzulässiger Weise beschnitten würde. Hieraus folgt in verfahrensrechtlicher Hinsicht, daß im Antrag der Eltern oder der Pflegepersonen die zu übertragenden Angelegenheiten *genau* angegeben werden müssen. Die Bindung des Gerichts an den gestellten Antrag beruht auf dem in § 308 I ZPO normierten und als Rechtsgrundsatz auch in reinen Antragsverfahren in der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltenden Prinzip "ne ultra petita"; es hat zur Folge, daß das Gericht über den Antrag nicht hinausgehen darf.<sup>1101</sup> Aufgrund der *Antragsgebundenheit* hat, falls die Eltern aus Gründen, die auf ihrer individuellen Lebenssituation (z.B. Auslandsaufenthalt) beruhen, lediglich eine *zeitlich befristete Übertragung* von Sorgerechtsangelegenheiten auf die Pflegeeltern wünschen, das Gericht dies zu respektieren, es sei denn, es stehen dem Erwägungen aus §§ 1666, 1666 a BGB entgegen.<sup>1102</sup>

Bezüglich der *rechtlichen Zulässigkeit* der Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse muß das Gericht unter anderem prüfen, ob die Eltern den Antrag dazu benutzen, sich in rechtswidriger Weise von ihren elterlichen Pflichten zu befreien und damit eine an sich gebotene *Adoption* zu *umgehen* oder ob die Eltern in unlauterer Absicht auf ihr Sorgerecht verzichten wollen.<sup>1103</sup> Im Rahmen der *Prüfung der Zweckmäßigkeit* der Übertragung bildet die *Förderung des Kindesinteresses die oberste Richtschnur* (§ 1697a BGB n.F.).<sup>1104</sup> Hierbei kommt es entscheidend darauf an, ob die angestrebte Übertragung die *Lage des Kindes verbessert*, das heißt, ob die Übertragung dem Kindesinteresse dient.

In der Literatur wurde die Ansicht vertreten, die Kriterien für die Prüfung der Zweckmäßigkeit der Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB müßten sich grundlegend von denjenigen unterscheiden, die für einen Eingriff in die Rechtsposition der Eltern in der Form einer Pflegerbestellung als Maßnahme gem. § 1666 BGB gelten.<sup>1105</sup> Denn zwischen den beiden genannten Maßnahmen selbst bestünden grundlegende Unterschiede, weil nur für die Prüfung gem. § 1666 I BGB das Kindeswohl zu berücksichtigen sei und deshalb das Gericht der Inpflegung gem. § 1630 III BGB selbst dann zustimmen müßte, wenn sie zur Unzeit erfolgte. Das staatliche Wächteramt könne einen partiellen Verzicht auf sorgerechtliche Befugnisse gem. § 1630 III BGB nicht

---

<sup>1100</sup>Schwab, A 96

<sup>1101</sup>Knöringer, FGG, S. 5

<sup>1102</sup>MüKo-BGB-Hinz, § 1630, 22

<sup>1103</sup>Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 51

<sup>1104</sup>Schwab, A 96 ff

<sup>1105</sup>Holzhauer, ZRP 1982, 222, 224

beschränken oder gar verhindern. Denn bei dieser handelte es sich um eine vom Gesetzgeber ausdrücklich zugelassene Form der Ausübung der elterlichen Sorge. Mit anderen Worten begründeten die Vertreter dieser Meinung meines Erachtens ihre Ansicht damit, daß dem Gericht in der Ausübung des staatlichen Wächteramts lediglich die Aufgabe zukomme, unzulässige elterliche Handlungen zu unterbinden. Dieser Meinung hat § 1697 a BGB n.F. den Boden entzogen. Daher kommt dem Meinungsstreit keine Bedeutung mehr zu.

## 5. Der zulässige Umfang der Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse

5.1 § 1630 III BGB alter wie neuer Fassung spricht wohl wegen der Vielgestaltigkeit der Pflegeverhältnisse in relativ ungenauer Weise davon, daß "*Angelegenheiten der elterlichen Sorge*" auf die Pflegeeltern übertragen werden können. Unter dieser Formulierung läßt sich nach dem Wortlaut des Gesetzes ein breites Spektrum vorstellen, das von der Übertragung weniger einzelner Angelegenheiten bis zu Übertragung der Gesamtheit der Angelegenheiten reichen könnte.<sup>1106</sup> Allerdings legen die *Gesetzesmaterialien* den Begriff "*Angelegenheiten der elterlichen Sorge*" *eng* aus. Nach der Ansicht des Rechtsausschusses im Deutschen Bundestag verfolgte § 1630 III BGB a.F. das Ziel, die tägliche Betreuung des Kindes zu ermöglichen, wobei als Beispiel die kurzfristig erforderlich werdende Entscheidung über den Besuch des Kindes bei einem Arzt genannt wurde.<sup>1107</sup> Auf der anderen Seite unterscheidet § 1628 BGB nach Angelegenheiten der elterlichen Sorge im allgemeinen und einer bestimmten Art von Angelegenheiten, während § 1630 BGB diese Differenzierung nicht vornimmt. Immerhin ergibt sich aus der Formulierung "*Angelegenheiten der elterlichen Sorge*" und dem Satz 2 des § 1626 I BGB, wonach die elterliche Sorge die Personensorge und die Vermögenssorge umfaßt, daß die Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse sowohl die Personensorge als auch die Vermögenssorge zum Gegenstand haben kann.<sup>1108</sup>

Die *Personensorge* umfaßt die tatsächliche Sorge für das Kind und die Vertretung in Personensorgesachen. Demnach beinhaltet die Personensorge alle Fürsorge- und Schutzmaßnahmen, wie zum Beispiel die Bestimmung der Berufsausbildung oder die Einwilligung in eine Operation, und gem. § 1631 BGB die Erziehung, Beaufsichtigung und Aufenthaltsbestimmung. Handlungsmäßig umfaßt die *Vermögenssorge*, die in §§ 1638 BGB ff geregelt ist, alle tatsächlichen und rechtlichen Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, das Kindesvermögen zu erhalten, zu verwerten und zu vermehren, gleichgültig, ob die Eltern im eigenen oder im Namen des Kindes, im eigenen oder in dessen Interesse

<sup>1106</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122; Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 53

<sup>1107</sup> BT-Drucksache 8/2788, S. 47

<sup>1108</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 52

handeln.<sup>1109</sup>

§ 1697 a BGB n.F. beinhaltet eine Vorgabe für Gerichtsentscheidungen. Im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit hat es danach jeweils die Entscheidung zu treffen, "die unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten, sowie der berechtigten Interessen der Beteiligten dem Wohl des Kindes am besten entspricht". Die Vorschrift begrenzt die Handlungsfreiheit der Eltern nur dort, wo sie das Kindeswohl tangiert. Daß sich sowohl das Bundesverfassungsgericht als auch das BGB nur am unbestimmten Rechtsbegriff "Kindeswohl" orientiert, liegt daran, daß bisher keine gangbare Alternative aufgezeigt wurde.

Die §§ 1741 - 1772 BGB, die die Adoption eines Kindes regeln, räumen den Eltern, von Fällen des Mißbrauchs abgesehen, das Recht ein, das gesamte Sorgerecht endgültig auf Dritte zu übertragen, ohne daß die Übertragung erforderlich wäre. Selbst dieser freiwillige Verzicht der Eltern auf die Erziehung und Betreuung ihres Kindes wird für verfassungskonform gehalten.<sup>1110</sup> Was sollte dann parallel dazu grundsätzlich gegen die Übertragung des gesamten Sorgerechts gem. § 1630 III BGB n.F. sprechen?

Es wird behauptet, einer vollständigen Übertragung der elterlichen Sorge stehe die Tatsache entgegen, daß dann in Wirklichkeit statt einer Pflegschaft eine Art Vormundschaft, "Adoption minderen Rechts ohne Unterhaltspflicht" geschaffen würde, was man nicht hinnehmen könne. Die Behauptung kann entkräftet werden: Keine Rechtsnorm verbietet weder ausdrücklich noch sinngemäß "*Quasi-Adoptionen ohne Unterhaltspflicht*". Insbesondere besagt keine Rechtsnorm, daß das Sorgerecht für ein minderjähriges Kind stets dem Unterhaltspflichtigen zustehen müsse. Offenbar vertritt auch der Gesetzgeber, indem er das *Sorgerecht und die Unterhaltspflicht in zwei getrennten Abschnitten* regelt ("Fünfter Titel. Elterliche Sorge": §§ 1626 ff BGB;" Dritter Titel. Unterhaltspflicht": §§ 1601 ff), die Auffassung, daß das Sorgerecht und die Unterhaltspflicht nicht in direktem Zusammenhang zueinander stehen. Und schließlich stellt auch eine vollständige Übertragung der elterlichen Sorge gem. § 1630 III BGB in Wirklichkeit gar keine "Quasi-Adoption" dar, weil die Pflegeperson auch durch die vollständige Übertragung der elterlichen Sorge *im Prinzip keine endgültig geschützte Rechtsposition* erlangt. Die Eltern können eine geplante Entscheidung seitens der Pflegeeltern, die auf ihre Ablehnung stößt, durch die Stellung eines *Antrags auf teilweise Rückübertragung* verhindern.<sup>1111</sup>

Aus den genannten Gründen hält die h.M. die *Übertragung* sowohl der Personen- als auch der Vermögenssorge im *ganzen* in den Grenzen der Sachdienlichkeit für *zulässig*.<sup>1112</sup>

<sup>1109</sup> Palandt-Diederichsen, § 1626, 19

<sup>1110</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 123; Schwab, A 97

<sup>1111</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 124

<sup>1112</sup> Schwab, A 101 ff; Palandt-Diederichsen, § 1626, 18; Baer, FamRZ 1982, 221, 229; Windel, FamRZ 1997, 713, 722, Fn 136; Bruggemann, ZfJ 1980, 53, 63; Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 123; Fin-

Ob es sich empfiehlt, die gesamte elterliche Sorge auf die Pflegepersonen zu übertragen, hängt von den Gegebenheiten des Einzelfalls ab. Darüber, inwiefern eine solche Maßnahme dem Kindeswohl dient, muß sich das Gericht als neutraler Dritter selbst ein Urteil bilden.

5.2 Aufgrund der Erfahrungen der Vergangenheit haben sich hinsichtlich des Umfangs der zu übertragenden Befugnisse und der Vorgehensweise einige Grundsätze herausgebildet:

5.2.1 Pflegeverhältnisse sind ihrem Wesen nach *auf eine beschränkte Zeit konzipiert*. Folglich kann eine Pflegeperson nicht das Recht haben, Entscheidungen zu fällen, die ihrem Wesen nach über den ihr rechtlich zukommenden Erziehungszeitraum hinaus Wirkungen entfalten.<sup>1113</sup> Solche *Entscheidungen von grundlegender Bedeutung* sind jene, im Bereich von Schule und Berufsausbildung, sowie jene, die die Wahl des religiösen Bekenntnisses zum Gegenstand haben.<sup>1114</sup> Gleiches gilt hinsichtlich der Ausübung des Sorgerechts während des Aufenthalts des Kindes bei den Eltern.<sup>1115</sup>

5.2.2 Falls das Pflegeverhältnis dauerhaft wird, was zwar rechtlich untypisch ist, in der Praxis jedoch nicht selten vorkommt, muß *von Amts wegen eine Sorgerechtsregelung* ergehen, wenn die Dauerhaftigkeit des Pflegeverhältnisses auf einer Verbleibensanordnung gem. § 1632 IV BGB beruht.

5.2.3 Es kann Fälle geben, in denen die *Übertragung der gesamten elterlichen Sorge sinnvoll* erscheint, vor allem dann, wenn die Pflegeeltern de facto allein die erziehende Verantwortung für das Kind tragen. Dann muß der zuständige Richter ermitteln, inwieweit die leiblichen Eltern noch fähig sind, sich in einer dem Kindeswohl dienlichen Weise selbst um erzieherische Belange zu kümmern und inwieweit die Pflegepersonen die erzieherische Verantwortung allein übernehmen müssen. Das ist in länger währenden Pflegeverhältnissen mit geringem Kontakt des Kindes zu seinen natürlichen Eltern häufig der Fall, da sie bloß noch wenig über das tägliche Leben und die Bedürfnisse des Kindes wissen. Nur noch formale Funktionen, die bei den Eltern verblieben, erschwerten es häufig, die natürlichen Eltern im Einzelfall zum Tätigwerden z.B. zur Einwilligung in ärztliche Heileingriffe oder zur Wahrnehmung erzieherischer Belange gegenüber der Schule oder dem Ausbildungsbetrieb, anzuregen.<sup>1116</sup> Wenn dann in solchen Fällen die *gesamte* elterliche Sorge übertragen wird, stellt dies keine willkürliche Entäußerung des Elternrechts dar; die Pflichtbindung

---

ger, ZfJ 1990, 618, 619; MüKo-BGB-Hinz, § 1630, 19; Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 53; Erman-Michalski, § 1630, 5

<sup>1113</sup> Windel, FamRZ 1997, 713, 722, Fn 139; Soergel-Strätz, § 1630, 9

<sup>1114</sup> Schwab, A 102

<sup>1115</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 54

<sup>1116</sup> Baer, FamRZ 1982, 221, 229

der Eltern steht dem nicht entgegen.

5.2.4 In anderen Fällen kann es sich anbieten, einen Teilbereich der elterlichen Sorge, z.B. die Vertretung des Kindes in Angelegenheiten der *Vermögenssorge* im ganzen bei den Eltern zu belassen und lediglich die Kompetenz für *Fälle geringerer finanzieller Bedeutung* auf die Pflegeeltern zu delegieren.<sup>1117</sup>

5.2.5 Der Pflegevertrag sollte *schriftlich* abgefaßt werden; die einzelnen übertragenen Angelegenheiten sollten gegen die bei den leiblichen Eltern verbliebenen Sorgerechtsanteile durch Verwendung *exakter Bezeichnungen* bzw. Betragsangaben klar abgegrenzt werden.<sup>1118</sup>

5.2.6 Um die Adoptionsbereitschaft nicht abzusenken, sollte das Gericht *nicht* ohne zwingende Notwendigkeit "*Quasi-Adoptionen*" schaffen, die in Widerspruch zu den restriktiven Aufhebungsmöglichkeiten der §§ 1760, 1763 BGB stehen; daher sollte das Gericht die leiblichen Eltern *informieren*, daß ein weitreichender Verzicht auf die persönliche Erziehung und Betreuung ihres Kindes, den auch eine Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten in großem Umfang bewirken kann, für die natürlichen Eltern die Gefahr verstärkt, aufgrund des § 1632 IV BGB n.F. mit einem auf § 1632 I BGB beruhenden Herausgabebegehren wenigstens zeitweise nicht durchzudringen.<sup>1119</sup>

## 6. Die Auswirkungen des § 1633 BGB im Rahmen des § 1630 III BGB

Gem. § 1630 III 3 BGB n.F. bzw. gem. § 1630 III 2 BGB a.F. richtet sich die Rechtsstellung der Pflegeeltern, denen Sorgerechtsangelegenheiten übertragen wurden, grundsätzlich nach Pflegschaftsrecht; hinsichtlich der Rechtsstellung von Pflegern verweisen die §§ 1915 I, 1800 BGB unter anderem uneingeschränkt auf § 1633 BGB. Daher findet § 1633 BGB auch auf Pflegepersonen Anwendung, denen gem. § 1630 III 1 und 2 BGB n.F. sorgerechtliche Befugnisse übertragen wurden.

Aufgrund des § 1633 BGB fallen mit der Heirat des Minderjährigen die Personensorge mit Ausnahme des Rechts zur Vertretung in den persönlichen Angelegenheiten und folglich auf das Erziehungsrecht weg.<sup>1120</sup> Dies hat zur Folge, daß die Vertretungsbefugnisse des Inhabers der elterlichen Sorge durch die Eheschließung des Kindes nicht berührt werden und die Heirat lediglich der tatsächlichen Personensorge<sup>1121</sup> ein Ende bereitet. Hingegen wirkt sich die Eheschließung nicht auf die Vermögenssorge aus. Ausnahmen bestehen nur in denjenigen Fällen, in denen aufgrund eines Ehevertrags, zu dessen Abschluß ein

<sup>1117</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 123

<sup>1118</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 55

<sup>1119</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 123

<sup>1120</sup> LG Darmstadt, NJW 1965, 1235; Palandt-Diederichsen, § 1633, 3

<sup>1121</sup> Palandt-Diederichsen, § 1633, 3

Minderjähriger jedoch gem. § 1411 I 1 BGB der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf, das Gesamtgut gem. § 1421 S. 1 BGB von dem anderen Ehepartner verwaltet wird.<sup>1122</sup>

Auf die Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB wirkt sich § 1633 BGB in zweierlei Hinsicht aus:

- Ist das Kind bereits verheiratet, können weder die tatsächliche Personensorge im ganzen noch Teile der tatsächlichen Personensorge, z.B. das Recht zur Einwilligung in ärztliche Eingriffe,<sup>1123</sup> auf die Pflegeperson übertragen werden. Falls das Kind mit seinem Ehegatten einen Ehevertrag wirksam abgeschlossen hat, aufgrund dessen der andere Ehegatte gem. § 1421 S. 1 BGB das Gesamtgut verwaltet, kann auch die Vermögenssorge nicht auf die Pflegeeltern übertragen werden.
- Wurde den Pflegeeltern vor der Eheschließung des Kindes die tatsächliche Personensorge ganz oder teilweise übertragen, enden die übertragenen Befugnisse mit der Heirat. Gleiches gilt hinsichtlich der Vermögenssorge mit dem wirksamen Abschluß eines Ehevertrags, in dem gem. § 1421 S. 1 BGB die Verwaltung des Gesamtguts durch den anderen Ehepartner vereinbart wird.

## 7. Die Rechtsstellung der Pflegeperson im Sinn von § 1630 III 3 BGB n.F.

7.1 Gem. § 1630 III 3 BGB n.F. bzw. gem. § 1630 III 2 BGB a.F. haben die Pflegeeltern in dem Umfang, in dem das Gericht eine Übertragung vornimmt, die *Rechte und Pflichten von Pflegern*. Soweit das Sorgerecht auf die Pflegepersonen übertragen wurde, dürfen es die natürlichen Eltern nicht mehr ausüben.<sup>1124</sup> Hat das Gericht neben der tatsächlichen Personensorge auch die gesetzliche Vertretung übertragen, ist die Pflegeperson auch der gesetzliche Vertreter des Kindes. Bei der Pflegschaft handelt es sich weitgehend um eine *partielle Vormundschaft*.<sup>1125</sup> Anders als einem Vormund obliegt es dem Pfleger, nicht für sämtliche Angelegenheiten, sondern lediglich für einen beschränkten, durch Gesetz oder Bestallungsakt umschriebenen Kreis von Angelegenheiten zu sorgen. Auf die Pflegschaft finden die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt (§ 1915 I BGB). Eine Ausnahme besteht hinsichtlich der Bestellung eines Gegenvormunds; diese ist entgegen § 1792 II BGB nicht erforderlich (§ 1915 II BGB), aber zulässig. Dies gilt aber nicht uneingeschränkt. Der Vater (§ 1917 II 1 BGB i.V.m. § 1852 I BGB) oder die Mutter (§ 1917 II 1

<sup>1122</sup>Erman-Michalski, § 1633, 3; Palandt-Diederichsen, § 1633, 2

<sup>1123</sup>Palandt-Diederichsen, § 1626, 16; Kern, NJW 1994, 755

<sup>1124</sup>Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 56; Münder, § 38, 5

<sup>1125</sup>Beitzke/Lüderitz, § 39, S. 414



BGB i.V.m. § 1855 BGB) kann, wenn er/sie einen Vormund benennt, die Bestellung eines Gegenvormunds ausschließen. Ein vorhandener *Gegenvormund* kann auch zum Gegenvormund des Pflegers bestellt werden. Tatsächlich erfolgt die Bestellung eines Gegenvormunds aber nur in außergewöhnlichen Fällen.<sup>1126</sup>

7.2 Die Pflegschaft ist ebenso wie die elterliche Sorge nicht übertragbar und nicht vererblich, also *höchstpersönlich*.<sup>1127</sup> Aus diesem Grund muß ein Pfleger Angelegenheiten, die seinen persönlichen Einfluß erfordern, selbst wahrnehmen.

7.3 Die Führung der Pflegschaft ist in den §§ 1793 - 1836 a BGB (bzw. § 1836 e BGB n.F./BtÄndG) geregelt. Hiernach hat der Pfleger gem. § 1793 I 1 BGB das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen, insbesondere den Mündel zu vertreten. Daraus ergibt sich das Recht eines Pflegers, gem. §§ 108 I und 177 I BGB Genehmigungen zu erteilen.<sup>1128</sup> Indem § 1793 I 2 BGB auf § 1626 II BGB verweist, verpflichtet er den Pfleger, den Erziehungsstil der Reife des Kindes anzupassen;<sup>1129</sup> hierzu gehört es gem. §§ 1800, 1631 II BGB n.F. auch, entwürdigende Erziehungsmaßnahmen zu unterlassen.<sup>1130</sup>

Im Bereich der *gesetzlichen Vertretung* unterliegt ein Pfleger regelmäßig keinen Beschränkungen. Dies hat zur Folge, daß er im Namen des Pfleglings selbst Rechtsgeschäfte vornehmen darf, und zwar auch dann, wenn der Pflegling diese gem. § 107 BGB selbst vornehmen kann. Daneben kann der Pfleger Prozesse führen, Rechtsmittel einlegen und gem. § 77 III StGB einen Strafantrag stellen.<sup>1131</sup> Wenn der Pfleger im Rahmen seiner Vertretungsmacht Erklärungen im Namen des Pfleglings abgibt, treten die Wirkungen gem. §§ 164 I 1, 1915 I, 1793 I 1 BGB unmittelbar für und gegen den Pflegling ein.<sup>1132</sup> Jedoch kann der Pfleger auch für den Pflegling im eigenen Namen handeln, es sei denn, das Interesse des Pfleglings steht dem entgegen.<sup>1133</sup>

Die Wirkungen für und gegen den Pflegling können grundsätzlich das Ende der Pflegschaft überdauern.<sup>1134</sup> Lediglich zum Abschluß von *Miet- und Pachtverträgen* und sonstigen Verträgen, durch die der Pflegling zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet wird, bedarf der Pfleger gem. §§ 1915 I, 1822, Nr. 5 BGB einer vormundschaftsgerichtlichen

<sup>1126</sup> Palandt-Diederichsen, § 1915, 3

<sup>1127</sup> MüKo-BGB-Schwab, § 1793, 31; Palandt-Diederichsen, § 1626, 5 u. § 1793, 8

<sup>1128</sup> Staudinger-Engler, § 1793, 19; Motive IV, S. 1083

<sup>1129</sup> MüKo-BGB-Schwab, § 1793, 3; Palandt-Diederichsen, § 1793, 3

<sup>1130</sup> Palandt-Diederichsen, § 1793, 3

<sup>1131</sup> MüKo-BGB-Schwab, § 1793, 20; Palandt-Diederichsen, § 1793, 6

<sup>1132</sup> Palandt-Diederichsen, § 1793, 6

<sup>1133</sup> Palandt-Diederichsen, § 1793, 6

<sup>1134</sup> Palandt-Diederichsen, § 1793, 9

Genehmigung, wenn das Vertragsverhältnis den Eintritt der Volljährigkeit des Mündels um *mehr als ein Jahr* überdauern soll. Allerdings handelt ein Pfleger, der den Pflegling ohne hinreichenden Grund mit so weitreichenden Verpflichtungen belastet, *pflichtwidrig*.<sup>1135</sup>

Falls der Pfleger seine Vertretungsmacht in erkennbarer Weise mißbraucht, darf sich der Vertragspartner des Pflegers nicht auf die Vertretungsbefugnis berufen.<sup>1136</sup>

Als Pfleger haben die Pflegeeltern, denen gem. § 1630 III BGB sorgerechtliche Befugnisse übertragen wurden, wie ein Vormund die Pflegschaft eigenverantwortlich und selbständig zu führen.<sup>1137</sup>

7.4 Das Kind als Pflegling haftet gem. §§ 278 und 677 ff BGB für den Pfleger als seinen gesetzlichen Vertreter aus den von diesem abgeschlossenen Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen.<sup>1138</sup> Allerdings kommt, da es sich bei der Pflegschaft gem. § 1630 III BGB notwendig um eine Pflegschaft für Minderjährige handelt, dem Kind seit dem 01.01.1999<sup>1139</sup> aufgrund des *Minderjährigenhaftungsbegrenzungs*gesetzes gem. §§ 1915 I und III, 1793 II, 1629 a BGB n.F. im Regelfall die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung zugute. Hiernach haftet der Pflegling aus rechtsgeschäftlichen Handlungen des Pflegers grundsätzlich nur noch in Höhe seines am Ende der Pflegschaft vorhandenen Vermögens.<sup>1140</sup> Nach dem Wortlaut der §§ 1915 I, 1793 II, 1629 a I 1, HS 1 BGB n.F. spielt es keine Rolle, ob die Pflegschaft gem. § 1918 I, F. 1 BGB aufgrund des Eintritts der Volljährigkeit des Kindes<sup>1141</sup> oder aus anderen Gründen endet. Dagegen finden die §§ 1915 I, 1793 II, 1629 a I 1, HS 1 BGB n.F. keine Anwendung, wenn nur die Person des Pflegers wechselt; denn ein bloßer Wechsel in der Person des Pflegers hat keine Beendigung der Pflegschaft zur Folge,<sup>1142</sup> was die §§ 1915 I, 1793 II, 1629 a I 1, HS 1 BGB n.F. voraussetzen.

Bei den Verbindlichkeiten, für die die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung besteht, kommt es nicht darauf an, ob sie auf einem Rechtsgeschäft oder auf einer anderen Handlung beruhen.<sup>1143</sup> Jedoch dürfte die vertragliche Haftung im Vordergrund stehen, das heißt sowohl die Primärhaftung auf Erfüllung als auch die Sekundärhaftung auf Schadens-

<sup>1135</sup> MüKo-BGB-Schwab, § 1793, 23; RGZ 41, 263

<sup>1136</sup> MüKo-BGB-Schwab, § 1793, 21; Palandt-Diederichsen, § 1793, 6; RGZ 75, 301

<sup>1137</sup> MüKo-BGB-Schwab, § 1793, 4, Fn 2; BGHZ 17, 108, 116 = NJW 1955, 867; BGH, DNotZ 1967, 320, 322; Palandt-Diederichsen, § 1793, 1 u. § 1915, 1

<sup>1138</sup> Beitzke/Lüderitz, § 39, 415; Palandt-Diederichsen, § 1793, 9

<sup>1139</sup> Palandt-Diederichsen, § 1629 a, 1

<sup>1140</sup> Palandt-Diederichsen, § 1793, 10

<sup>1141</sup> Palandt-Diederichsen, § 1918, 1

<sup>1142</sup> Palandt-Diederichsen, § 1886, 4 und § 1915, 3

<sup>1143</sup> Palandt-Diederichsen, § 1629 a, 5 - 6

ersatz und weitere Folgeansprüche. Aber auch Verpflichtungen aufgrund von Realakten des Pflegers fallen unter die §§ 1915 I und III, 1793 II, 1629 a BGB n.F., für die der Pflegling gem. § 278 BGB haftet.<sup>1144</sup> Denn auch die auf Realakten des Pflegers basierenden Verbindlichkeiten belasten den Pflegling ohne eigenes Zutun ausschließlich als Folge der Vertretungsmacht des Pflegers und wirken sich in gleicher Weise wie rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten auf den Pflegling aus.<sup>1145</sup>

Die Haftungsbeschränkung betrifft auch Verbindlichkeiten, die unmittelbar gem. § 1967 BGB auf einem zur Zeit der Pflegschaft eingetretenen Erwerb von Todes wegen beruhen.<sup>1146</sup> Diese Verbindlichkeiten mußten im Rahmen des § 1629 a BGB n.F. eigens erwähnt werden, da der Erwerb eines Nachlasses weder ein Rechtsgeschäft noch eine andere Handlung der zur Vermögenssorge berechtigten gesetzlichen Vertreter erfordert. Bereits das Unterlassen der Ausschlagung einer Erbschaft innerhalb der Frist des § 1944 BGB kann bewirken, daß der Minderjährige als Erbe in beträchtlicher Höhe für Verbindlichkeiten haftet.<sup>1147</sup> Somit steht das Unterlassen der Ausschlagung im Ergebnis dem aktiven Handeln des Pflegers im Rahmen seiner gesetzlichen Vertretungsmacht gleich.<sup>1148</sup> Die Haftungsbeschränkung erfaßt auch Verbindlichkeiten aus vom Minderjährigen selbst mit Zustimmung des Pflegers gem. §§ 107, 108 oder 111 BGB abgeschlossenen Rechtsgeschäften; denn ansonsten könnte die Haftungsbeschränkung mühelos dadurch umgangen werden, daß der Vertragspartner ein von der Zustimmung des Pflegers gedecktes Eigengeschäft des Minderjährigen fordert.<sup>1149</sup> Schließlich umfaßt die Haftungsbeschränkung Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften, für die die gem. §§ 1915 I, 1821, 1822 BGB erforderliche gerichtliche Genehmigung erteilt wurde.<sup>1150</sup> Dies liegt daran, daß, obwohl das Gericht vor Erteilung der Genehmigung prüfen muß, ob die Interessen des Minderjährigen genügend beachtet werden, vor allem bei Rechtsgeschäften über eine längere Laufzeit Schutzlücken entstehen.<sup>1151</sup>

Ausnahmen von der Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung sehen die §§ 1915 I und III, 1793 II, 1629 a II BGB n.F. vor, und zwar zum einen im Fall des selbständigen Betriebs eines Erwerbsgeschäfts für die auf diese Weise begründeten Verbindlichkeiten, falls dem Minderjährigen mit gerichtlicher Genehmigung von seinem gesetzlichen Vertreter der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gestattet wurde und der Minderjährige für

<sup>1144</sup> Palandt-Diederichsen, § 1629 a, 6

<sup>1145</sup> Palandt-Diederichsen, § 1629 a, 6; BT-Drucksache 13/5624, S. 13

<sup>1146</sup> Palandt-Diederichsen, § 1793, 10

<sup>1147</sup> Palandt-Diederichsen, § 1629 a, 7

<sup>1148</sup> Palandt-Diederichsen, § 1629 a, 7; BT-Drucksache 13/5624, S. 13

<sup>1149</sup> Palandt-Diederichsen, § 1629 a, 8; BT-Drucksache 13/5624, S. 8 u. 13

<sup>1150</sup> Palandt-Diederichsen, § 1629 a, 9

<sup>1151</sup> Palandt-Diederichsen, § 1629 a, 9; BT-Drucksache 13/5624, S. 13

Rechtsgeschäfte aus diesem Geschäftsbetrieb gem. § 112 BGB unbeschränkte Geschäftsfähigkeit besaß (§ 1629 a II, F. 1 BGB n.F.),<sup>1152</sup> und zum anderen hinsichtlich der Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften, die ausschließlich der Befriedigung persönlicher Bedürfnisse des Minderjährigen dienten, einschließlich der Kreditaufnahme für solche Zwecke (§ 1629 a II, F. 2 BGB n.F.).<sup>1153</sup>

Die Ausnahme gem. § 1629 a II, F. 1 BGB n.F. hat ihren Grund darin, daß derjenige, der schon als Minderjähriger partiell einem Volljährigen gleichgestellt wurde, auch haftungsmäßig wie ein Volljähriger angesehen werden muß.<sup>1154</sup> Hingegen beruht die Ausnahme gem. § 1629 a II, F. 2 BGB n.F. darauf, daß der Minderjährige nicht besonders geschützt zu werden braucht, da der Gegenwert des Geschäfts ihm unmittelbar zugute kommt und ihn nicht unzumutbar belastet.<sup>1155</sup>

7.5 Die zu Pflegern bestellten Pflegepersonen unterliegen zum einen denjenigen gesetzlichen Beschränkungen, die auch für den Inhaber der elterlichen Sorge gelten, und zum anderen in gleicher Weise wie ein Vormund zusätzlichen gesetzlichen Beschränkungen. In bezug auf die auch für den Inhaber der elterlichen Sorge geltenden *Beschränkungen* bedeutet dies:

- Der Pfleger darf den Pflegling nicht bei höchstpersönlichen Rechtsgeschäften, beispielsweise gem. § 1311 I 1 BGB n.F. bei der Eheschließung, vertreten.<sup>1156</sup>
- Gleiches gilt in denjenigen Fällen, in denen der Pflegling gem. §§ 112, 113 BGB unbeschränkte Geschäftsfähigkeit besitzt.<sup>1157</sup>
- In gleicher Weise wie der Inhaber der elterlichen Sorge kraft Verweisung gem. § 1629 II 1 BGB hat der Pfleger die Vertretungsverbote gem. § 1795 I BGB zu beachten.
- Gem. § 1795 II BGB unterliegt der Pfleger ebenso wie der Inhaber der elterlichen Sorge kraft Verweisung gem. § 1629 II 1 BGB dem Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB.
- Ebensowenig wie der Inhaber der elterlichen Sorge gem. § 1641 BGB darf der Pfleger gem. § 1804 BGB in Vertretung des Pfleglings Schenkungen machen;<sup>1158</sup> ausgenommen sind Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird.
- In gleicher Weise wie der Inhaber der elterlichen Sorge gem. § 1631 b, S. 1 BGB n.F. benötigt der Pfleger gem. §§ 1800, 1631 b, S. 1 BGB n.F. für eine mit einer Freiheitsentziehung verbundene Unterbringung des Pfleglings die Zustimmung des Fami-

<sup>1152</sup> Palandt-Diederichsen, § 1629 a, 14 - 15

<sup>1153</sup> Palandt-Diederichsen, § 1629 a, 16

<sup>1154</sup> Palandt-Diederichsen, § 1629 a, 15; BT-Drucksache 13/5624, S. 13

<sup>1155</sup> Palandt-Diederichsen, § 1629 a, 16; BT-Drucksache 13/5624, S. 13

<sup>1156</sup> MüKo-BGB-Schwab, § 1793, 24; Palandt-Diederichsen, § 1793, 7

<sup>1157</sup> MüKo-BGB-Schwab, § 1793, 7; Palandt-Diederichsen, § 1793, 7

<sup>1158</sup> Palandt-Diederichsen, § 1804, 1

liengerichts.

- Genausowenig wie der Inhaber der elterlichen Sorge gem. § 1631 c, S. 1 BGB kann der Pfleger gem. §§ 1800, 1631 c, S. 1 BGB wirksam in die Sterilisation des Kindes einwilligen.<sup>1159</sup>
- Falls der Pfleger die Erteilung einer Genehmigung oder Zustimmung, zum Beispiel die Zustimmung zur Eheschließung des Kindes gem. § 1303 III BGB n.F. ohne triftigen Grund verweigert, darf die Genehmigung oder Zustimmung gerichtlich ersetzt werden.<sup>1160</sup>

Die im Vergleich zu den natürlichen Eltern zusätzlichen Beschränkungen für den Pfleger betreffen insbesondere die *Geldanlage* (§§ 1806 ff BGB) und die in den §§ 1821 ff BGB genannten Rechtsgeschäfte; denn bezüglich der Geldanlage (§§ 1806 ff BGB) unterliegt der Pfleger den gleichen Beschränkungen und bezüglich der in den §§ 1821 ff BGB genannten Rechtsgeschäfte der gleichen Genehmigungspflicht wie ein Vormund.

§ 1822 BGB sieht für den Vormund mehr Genehmigungserfordernisse vor als § 1643 I BGB n.F. für die leiblichen Eltern.

Bei der Frage, wer in den Fällen des § 1822 Nr. 2, 4, 6, 7, 12 und 13 BGB die Genehmigung zu Rechtsgeschäften der Pflegepersonen zu erteilen hat, sollte nach einer im Jahr 1982 veröffentlichten Rechtsansicht<sup>1161</sup> beachtet werden, daß die Übertragung nach § 1630 III BGB hauptsächlich erzieherischen Belangen dienen sollte und die leiblichen Eltern, wenn sie berechtigt sind, einen Antrag auf Rückübertragung der elterlichen Sorge zu stellen, eine "Vorrangstellung" innehätten. Daher sei die der Pflegeperson vorgeordnete Instanz der Wille der leiblichen Eltern. Daraus ergäbe sich, daß grundsätzlich die Eltern um die Erteilung der erforderlichen Genehmigung ersucht werden müßten. Nur dann, wenn den Eltern die Angelegenheit gleichgültig wäre bzw. wenn die Eltern nicht erreichbar wären, hätten sich die Pflegeeltern an das Vormundschaftsgericht zu wenden. Im Fall des § 1643 II 2 BGB würde dies bedeuten: Tritt der Anfall einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses an das Kind erst infolge der Ausschlagung eines Elternteils ein, der das Kind allein oder gemeinsam mit dem anderen Elternteil vertritt, so ist die Genehmigung des Familiengerichts nur erforderlich, wenn der Elternteil neben dem Kind berufen war.

Seit 1982 wurde das Kindschaftsrecht mehrfach geändert, so daß es fraglich ist, ob die Aussage von der "Vorrangstellung" der Eltern noch immer seine Gültigkeit besitzt; denn: § 1690 II BGB regelte die Rechtsstellung eines Beistands und bestimmte in seinem Satz 2, der Beistand solle "mit dem Elternteil ... Fühlung nehmen". § 1690 BGB wurde im Zuge der Kindschaftsrechtsreform aufgehoben.

<sup>1159</sup> Staudinger-Engler, § 1793, 8

<sup>1160</sup> Palandt-Diederichsen, § 1793, 7

<sup>1161</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 125; ebenso: Oberloskamp, S. 19

An die Stelle des JWG trat 1990 mit dem Gesetz zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts das Achte Buch des SGB, das auch KJHG genannt wird. Nach § 38 III SGB VIII/KJHG hatte in Rechtsgeschäften, zu denen ein Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedurfte, die Pflegeperson, die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Kindes einzuholen. Diese Vorschrift wurde ersatzlos gestrichen.

In § 38 I SGB VIII/KJHG war die Vorrangstellung des Personensorgeberechtigten verankert. Die Kindschaftsrechtsreform hob die Rechtsnorm auf. Dem Grundsatz nach wurde die Vorrangstellung des Inhabers der elterlichen Sorge in § 1688 III BGB n.F. übernommen, allerdings nur für die Angelegenheiten des täglichen Lebens, sowie einige weitere abschließend aufgezählte Rechtshandlungen. In § 1630 III BGB n.F. wurde kein Hinweis auf die Vorrangstellung der Eltern aufgenommen.

Folglich gilt für die zum Pfleger bestellte Pflegeperson das Vormundschaftsrecht, insbesondere die Genehmigungspflicht gem. §§ 1821 ff BGB.<sup>1162</sup> An dem größeren Umfang der Genehmigungserfordernisse zeigt sich deutlich, daß Pflegepersonen, selbst dann, wenn ihnen Sorgerechtsangelegenheiten übertragen wurden, eine *schwächere Rechtsstellung als biologische* Eltern besitzen.

7.6 Gem. § 204 S. 2, F. 2 BGB, der gem. §§ 1915 I, 1630 III 3 BGB n.F. auf zum Pfleger bestellte Pflegepersonen Anwendung findet,<sup>1163</sup> ist die *Verjährung* von Ansprüchen zwischen dem Pfleger und dem Pflegling während der Dauer des Pflegschaftsverhältnisses gehemmt. Dies bedeutet, daß der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, also vorliegend die gesamte Dauer des Pflegschaftsverhältnisses, in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet wird.<sup>1164</sup> Die Hemmung endet mit dem Ende der Pflegschaft und tritt mit der Wiederbestellung der Pflegeperson zum Pfleger für das gleiche Kind erneut ein.<sup>1165</sup>

Für Pflegeverhältnisse, die ohne Übertragung der elterlichen Sorge durch das Familiengericht bestehen, schlägt der Autor vor, in Ausnahmefällen die Regelung der §§ 204, 205 BGB analog anzuwenden, weil hier eine dem biologischen Kindschaftsverhältnis vergleichbare, das gewöhnliche Vormundschaftsverhältnis übersteigende Schwelle für die gerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen wegen der erhöhten Intimität besteht.<sup>1166</sup>

Dagegen spricht, daß die formale Ausrichtung des Verjährungsrechts einer entsprechenden

<sup>1162</sup> Palandt-Diederichsen, § 1793, 7 und § 1630, 18

<sup>1163</sup> AK-BGB-Kohl, § 204, 5

<sup>1164</sup> Palandt-Heinrichs, § 205, 1

<sup>1165</sup> AK-BGB-Kohl, § 204, 8

<sup>1166</sup> AK-BGB-Kohl, § 204, 7

Anwendung des § 204 BGB auf andere Vertrauensverhältnisse grundsätzlich entgegensteht.<sup>1167</sup> Des weiteren läßt sich einwenden, daß § 204 BGB bezweckt, den auf der gegenseitigen Rücksichtnahme beruhenden innerfamiliären Frieden vor Störungen durch die Geltendmachung von Ansprüchen im Klageweg zu schützen.<sup>1168</sup> Die in den §§ 204, 1915 I BGB ausdrücklich erwähnten Ehegatten (§ 204 S. 1 BGB), leiblichen Eltern und Kinder (§ 204 S. 2, F. 1 BGB), Vormünder und Mündel (§ 204 S. 2, F. 2 BGB), sowie Pfleger und Pflegebefohlenen (§§ 1915 I, 204 S. 2, F. 2 BGB) bedürfen dieses besonderen Schutzes in der Form einer Verjährungshemmung gem. § 204 BGB, da ihnen die Möglichkeit fehlt, jederzeit einseitig und formlos die betreffenden Bindungen abzustreifen, um die infolge der Geltendmachung von Ansprüchen im Klageweg naturgemäß drohenden Störungen des innerfamiliären Friedens zu vermeiden. Bei Pflegeeltern, denen keine sorgerechtlichen Befugnisse gem. § 1630 III BGB übertragen wurden, liegt der Fall anders: Sie besitzen im Rahmen des Pflegevertrags zu jedem beliebigen Zeitpunkt die Möglichkeit, sich einseitig und formlos der Verantwortung für das Kind zu entledigen. Umgekehrt können die Eltern ihr Kind jederzeit woanders in Pflege geben. Daher bedürfen sie, anders als der in den §§ 204, 1915 I BGB explizit genannte Personenkreis, keines besonderen Schutzes in der Form einer Verjährungshemmung gem. § 204 BGB.

7.7 Seit dem 01.01.1999 wirkt sich neben dem Minderjährigenhaftungsbegrenzungs-gesetz auch das *BtÄndG* auf die Rechtsstellung von zu Pflegern bestellten Pflegepersonen aus:

- Nach dem dem § 1793 BGB angefügten Satz 3 gelten zusätzlich noch die §§ 1618 a, 1619 und 1664 BGB entsprechend. Dies bedeutet, daß im Fall der Bestellung der Pflegeperson zum Pfleger das Kind und die Pflegeperson einander Beistand und Rücksicht schulden (§ 1618 a BGB), das Kind zur Mithilfe im Haushalt der Pflegeperson verpflichtet ist (§ 1619 BGB) und die Pflegeperson dem Kind gegenüber nur für die Verletzung der *eigenüblichen Sorgfalt* haftet (§ 1664 BGB). Indem § 1793 S. 3 BGB n.F. diese auf das Eltern-Kind-Verhältnis anwendbaren Rechtsnormen auf das Verhältnis des Vormunds und Pflegers zu seinem in seinem Haushalt lebenden Mündel bzw. Pflegling erstreckt, will § 1793 S. 3 BGB n.F. die in diesen Fällen elternähnliche Position des Vormunds und Pflegers berücksichtigen und auch in dieser Hinsicht den persönlichen Bezug der Vormundschaft und Pflegschaft mehr als bisher zum Ausdruck bringen.<sup>1169</sup>
- Gem. § 1817 BGB n.F. kann das Vormundschaftsgericht den Vormund auf dessen Antrag hin von ihm obliegenden Verpflichtungen entbinden, wenn der Wert des Vermögens ohne Berücksichtigung von Grundbesitz zehntausend Deutsche Mark nicht übersteigt. Die Gesetzgebungsmaterialien begründen diese Änderung damit, daß in solchen Fällen die

<sup>1167</sup>AK-BGB-Kohl, § 204, 6

<sup>1168</sup>Palandt-Heinrichs, § 204, 1; BGHZ 76, 295; AK-BGB-Kohl, § 204, 1

<sup>1169</sup>BT-Drucksache 13/7158, S. 21

*Vermögensverwaltung* ihrem Umfang nach eine derartige Befreiung rechtfertigt und dem Mündelvermögen durch die Befreiung keinerlei Gefahr droht.<sup>1170</sup> Diese Befreiungsmöglichkeit bezweckt, die Führung von Vormundschaften und Pflegschaften zu erleichtern, den Willen zu deren Übernahme zu stärken und mit Hilfe einer stärkeren Annäherung der für die Vermögenssorge von Eltern einerseits und Vormündern und Pflegern andererseits geltenden Regelungen den persönlichen Charakter der Vormundschaft und Pflegschaft zu betonen. Zusätzlich zur neu eingeführten Befreiungsmöglichkeit gem. § 1817 I BGB n.F. besteht nach wie vor die bisherige, "*besondere Gründe*" voraussetzende Befreiungsmöglichkeit gem. § 1817 BGB a.F., die sich nunmehr in § 1817 II BGB n.F. findet.<sup>1171</sup>

- Schließlich wurden die §§ 1835 ff BGB, wonach Pfleger in bestimmten Fällen einen Anspruch auf Aufwendungsersatz und Vergütung haben, geändert. Hierbei regelt § 1835 I 1, HS 2 BGB n.F. zum ersten Mal die Höhe des Anspruchs auf Ersatz von Fahrtkosten. Einen Anspruch auf eine Vergütung aus der Staatskasse im Fall der Mittellosigkeit des Mündels oder Pfleglings haben gem. § 1836 a BGB n.F. nur *berufsmäßig tätige* Vormünder und *Pfleger*. § 1835 a IV BGB n.F. konkretisiert und erweitert die bisherige Regelung über das Erlöschen des Ersatzanspruchs des Vormunds und Pflegers. Darüber hinaus wurden eindeutige verfahrensrechtliche Regelungen hinsichtlich der Inanspruchnahme der Staatskasse eingefügt.<sup>1172</sup>

7.8 Zu Pflegern bestellte Pflegepersonen können sich gem. §§ 1915 I, 1837 I 1 BGB durch das Vormundschaftsgericht beraten lassen und unterstehen gem. §§ 1915 I, 1837 II 1 BGB dessen Aufsicht; auch das Kindschaftsrechtsreformgesetz änderte nichts an der *Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts für die Beratung und Überwachung von Vormündern und Pflegern*.<sup>1173</sup> Befolgen sie Anordnungen des Vormundschaftsgerichts nicht, darf dieses gem. §§ 1915 I, 1837 III 1 BGB gegen sie ein *Zwangsgeld* festsetzen. Im Fall einer Gefährdung des Wohls des Pfleglings stehen dem Vormundschaftsgericht gem. §§ 1915 I, 1837 IV BGB die Befugnisse gem. §§ 1666, 1666 a und 1696 BGB zu; eine Gefährdung des Kindeswohls durch das Verhalten des Pflegers stellt eine *Gefährdung des Kindeswohls durch das Verhalten eines Dritten* i.S.v. § 1666 I, F. 4 BGB n.F. dar.<sup>1174</sup>

7.9 Zusätzlich zur Beratung durch das Vormundschaftsgericht hat ein Pfleger gem. § 53 II, F. 1 SGB VIII/KJHG Anspruch auf regelmäßige und dem jeweiligen erzieherischen Bedarf des Pfleglings entsprechende *Beratung* und Unterstützung durch das zuständige *Jugendamt*.<sup>1175</sup>

<sup>1170</sup>BT-Drucksache 13/7158, S. 21/22

<sup>1171</sup>BT-Drucksache 13/7158, S. 22

<sup>1172</sup>BT-Drucksache 13/7158, S. 22

<sup>1173</sup>Salgo, FamRZ 1999, 337, 346

<sup>1174</sup>Staudinger-Coester, § 1666, 27

<sup>1175</sup>Palandt-Diederichsen, § 1793, 1



7.10. Die Rechtsstellung von zu Pflegern bestellten Pflegepersonen unterscheidet sich aber nicht in jeder Hinsicht von der Rechtsstellung gewöhnlicher Pflegepersonen. Beispielsweise beeinflusst § 1630 III 3 BGB n.F. die öffentlich-rechtliche Stellung der Pflegeeltern i.S.v. § 33 SGB VIII/KJHG nicht. Das Kind bleibt Pflegekind. Die Pflegeeltern haben weiterhin Anspruch auf Pflegegeld i.S.v. § 39 V SGB VIII/KJHG, Art. 30 BayKJHG.<sup>1176</sup>

Auch in zivilrechtlicher Hinsicht unterliegen zu Pflegern bestellte Pflegepersonen im Regelfall weiterhin dem *Herausgabeanspruch des Inhabers der elterlichen Sorge* gem. § 1632 I BGB, da eine Sorgerechtsübertragung gem. § 1630 III BGB grundsätzlich den Herausgabeanspruch gem. § 1632 I BGB unberührt läßt.<sup>1177</sup> Eine Ausnahme gilt nur in denjenigen Fällen, in denen das Aufenthaltsbestimmungsrecht (§ 1631 I BGB) gem. § 1630 III BGB auf die Pflegeeltern übertragen wurde. Hierzu zählen auch diejenigen Fälle, in denen die elterliche Sorge im ganzen übertragen wurde, weil die Übertragung der elterlichen Sorge im ganzen die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts notwendig mitumfaßt. Der Herausgabeanspruch (§ 1632 I BGB) fließt aus dem Aufenthaltsbestimmungsrecht (§ 1631 I BGB) mit der Folge, daß der Inhaber der elterlichen Sorge den Herausgabeanspruch durch die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts verliert.<sup>1178</sup>

Des weiteren dürfen zu Pflegern bestellte Pflegepersonen ebensowenig wie andere Pflegepersonen im Rahmen eines Insichgeschäfts als Vertreter des Kindes mit sich selbst einen *Berufsausbildungsvertrag* (§ 3 I BBiG) abschließen, weil § 3 BBiG lediglich die natürlichen Eltern, nicht aber einen Pfleger beim Abschluß eines Berufsausbildungsvertrags vom Selbstkontrahierungsverbot gem. § 181 BGB befreit.<sup>1179</sup>

---

<sup>1176</sup>Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 57 1

<sup>1177</sup>Schwab, A 103

<sup>1178</sup>Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 5 und Staudinger-Salgo, § 1632, 6

<sup>1179</sup>Herkert, § 3, 29

## 8. Das Verhältnis von § 1630 III BGB n.F. zu § 1688 BGB n.F.

Die Rechte aus § 1688 I BGB n.F. beschränken sich auf bestimmte Angelegenheiten; § 1630 III BGB n.F. läßt demgegenüber die Übertragung von Angelegenheiten jeglicher Art zu.

§ 1688 I BGB n.F. berechtigt die Pflegeperson, den Inhaber der elterlichen Sorge zu vertreten und anstelle des Inhabers der elterlichen Sorge zu entscheiden. Dies setzt voraus, daß der Inhaber der elterlichen Sorge die betroffenen Befugnisse noch nicht durch eine Pflegerbestellung gem. § 1630 III BGB verloren hat; denn gem. § 1630 I BGB erstreckt sich die elterliche Sorge nicht auf diejenigen Angelegenheiten, für die ein Pfleger bestellt ist.<sup>1180</sup>

Nach § 1688 III 1 BGB n.F. hat der Inhaber der elterlichen Sorge, die Möglichkeit, die sorgerechtlichen Befugnisse der Pflegeeltern einzuschränken oder gar auszuschließen. Demgegenüber bindet § 1630 III BGB n.F. die Eltern, indem sie das Recht verlieren, die Übertragung ohne Mitwirkung des Gerichts rückgängig zu machen.<sup>1181</sup>

Daraus folgt:

Wenn die betreffenden Sorgerechtsangelegenheiten nicht zu den in § 1688 I BGB n.F. erwähnten Angelegenheiten gehören, stehen den Pflegeeltern zusätzlich zu den gem. § 1630 III BGB n.F. übertragenen sorgerechtlichen Befugnissen die in § 1688 I BGB n.F. normierten Rechte zu. Die Voraussetzung des § 1688 I BGB n.F., daß die leiblichen Eltern noch Inhaber der elterlichen Sorge sind, ist auch im Fall einer Pflegerbestellung gem. § 1630 III BGB n.F. erfüllt, da § 1630 I BGB nur die auf den Pfleger übertragenen Angelegenheiten von der elterlichen Sorge ausnimmt, nicht jedoch die elterliche Sorge als solche zum Erlöschen bringt.

Im Fall einer Übertragung des gesamten Sorgerechts werden stets sowohl Angelegenheiten, die in den Anwendungsbereich des § 1688 I BGB n.F. fallen, als auch Angelegenheiten, bei denen dies nicht der Fall ist, von der Übertragung erfaßt. In einem solchen Fall verlieren die Pflegepersonen zwar ihre Befugnisse aus § 1688 I BGB n.F., werden aber hinsichtlich der in § 1688 I BGB n.F. genannten Befugnisse besser gestellt, weil sie diese Befugnisse über § 1630 III BGB n.F. erhalten und gleichzeitig die Rechte der Eltern aus § 1688 III BGB n.F. wegfallen.

## 9. Meinungsverschiedenheiten zwischen leiblichen Eltern und Pflegeeltern i.S.v. § 1630

<sup>1180</sup>Schellhorn/Wienand, § 38, 6; Lakies, ZfJ 1990, 545, 553

<sup>1181</sup>Schellhorn/Wienand, § 38, 6; Baer, FamRZ 1982, 221, 229

### III 3 BGB n.F.

9.1 Bei einem Nebeneinander von Eltern und Pflegeeltern aufgrund einer Übertragung sorge-rechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB besteht die Gefahr von Meinungsverschiedenheiten, falls die leiblichen Eltern, was wünschenswert ist, den Kontakt zum Kind und zu den Pflegepersonen aufrechterhalten.<sup>1182</sup> In diesem Fall sollten die Beteiligten zunächst das *Jugendamt* zur *Vermittlung* einschalten und zwar selbst dann, wenn es sich um ein privatrechtlich begründetes Pflegeverhältnis handelt (§ 38 SGB VIII/KJHG n.F.). Wohl galt § 38 SGB VIII/KJHG a.F. lediglich im Fall der Vollzeitpflege im Sinn von § 33 SGB/KJHG, der Heimerziehung und der Erziehung in einer anderen betreuten Wohnform,<sup>1183</sup> doch ist seit dem Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes die Möglichkeit der Inanspruchnahme der vermittelnden Tätigkeit des Jugendamts nicht mehr abhängig von der Art des Pflegeverhältnisses, da § 38 SGB VIII/KJHG n.F. zusätzlich zum Anwendungsbereich des § 38 II SGB VIII/KJHG a.F. auf sämtliche Arten von Pflegeverhältnissen Anwendung findet.

Fraglich erscheint jedoch, ob die vermittelnde Tätigkeit des Jugendamts auch dann in Anspruch genommen werden kann, wenn die sorgerechtlichen Befugnisse gem. § 1630 III BGB übertragen wurden.

§ 38 SGB VIII/KJHG n.F. setzt nach seinem Wortlaut entweder Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Inhaber der Personensorge und der Pflegeperson, die auf einer übermäßigen Beschränkung der Befugnisse der Pflegeperson gem. § 1688 III 1 BGB n.F. beruhen, oder sonstige Meinungsverschiedenheiten voraus. Die erstere Art von Meinungsverschiedenheiten kann nicht mehr eintreten, sobald die betreffende Angelegenheit gem. § 1630 III BGB auf die Pflegeeltern übertragen wurde. Dagegen bleiben sonstige Meinungsverschiedenheiten auch nach der Übertragung denkbar. Denn die leiblichen Eltern bleiben auch nach der Pflegerbestellung gem. § 1630 III BGB Inhaber der *Personensorge*, weil § 1630 I BGB nicht die Personensorge als solche zum Erlöschen bringt, sondern lediglich die auf den Pfleger übertragenen Angelegenheiten von der Personensorge ausnimmt. Daher kann grundsätzlich auch nach der Übertragung von Angelegenheiten der Personensorge gem. § 1630 III BGB die vermittelnde Tätigkeit des Jugendamts gem. § 38 SGB VIII/KJHG n.F. in Anspruch genommen werden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Personensorge im ganzen auf die Pfleger übertragen wurde, da in einem solchen Fall sämtliche Angelegenheiten der Personensorge gem. § 1630 I BGB von der Personensorge mit der Folge ausgenommen sind, daß die natürlichen Eltern keinerlei sorgerechtlichen Befugnisse mehr besitzen und nicht mehr Inhaber der Personensorge sind.

<sup>1182</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 124

<sup>1183</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 38 SGB VIII/KJHG, 2, Fn 7

Im Fall der Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse ausschließlich auf dem Gebiet der *Vermögenssorge* steht die vermittelnde Tätigkeit des Jugendamts gem. § 38 SGB VIII/KJHG n.F. weiterhin zur Verfügung, weil in einem solchen Fall die sorgerechtlichen Befugnisse auf dem Gebiet der Personensorge dem Inhaber uneingeschränkt erhalten bleiben.

9.2 Gem. §§ 1915, 1837 II 1 BGB unterliegt ein Pfleger der *Aufsicht* durch das *Vormundschaftsgericht*.<sup>1184</sup> Dieses darf im Fall einer Gefährdung des Kindeswohls oder des Kindesvermögens gem. §§ 1915 I, 1837 IV, 1666, 1666 a BGB die erforderlichen Maßnahmen gegen die zum Pfleger bestellte Pflegeperson ergreifen.<sup>1185</sup> Parallel dazu hat auch das *Famliengericht* die Möglichkeit, im Fall der Gefährdung des Kindeswohls oder des Kindesvermögens die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Denn bei Pflegern handelt es sich ebenso wie bei nicht zu Pflegern bestellten Pflegepersonen um Dritte im Sinn von § 1666 I, F. 4 BGB n.F.<sup>1186</sup>

9.3 Falls die Personensorge *ausschließlich* den Pflegeeltern, die Vermögenssorge hingegen ausschließlich den biologischen Eltern zusteht, so ist der Fall denkbar, daß entweder die natürlichen Eltern oder die Pflegepersonen eine Maßnahme treffen, die vom jeweils anderen Teil abgelehnt wird, und die *Maßnahme* beide Bestandteile der elterlichen Sorge *betrifft*, das heißt *sowohl die Personen- als auch die Vermögenssorge*.

Beispiel einer derartigen Überschneidung:

Meinungsverschiedenheiten über das Maß der zum Unterhalt zu verwendenden Mittel.<sup>1187</sup>

Im Fall einer uneingeschränkten Anwendung von Pflegschaftsrecht können sowohl die Eltern als auch die Pflegeeltern eine *famliengerichtliche Entscheidung* beantragen (§1630 II BGB n.F.). Doch birgt diese Regelung dann ein *Gefahr* in sich, wenn die Pflegeeltern unnachgiebig auf ihr "gutes Recht" pochen. Dann nämlich könnten die Eltern eine famliengerichtliche Entscheidung, die auf ihre Ablehnung stößt, durch die Stellung eines Antrags auf teilweise oder vollständige Rückübertragung verhindern. Im Gegenzug könnten die Pflegeeltern Maßnahmen des Familiengerichts gegen die Eltern gem. § 1666 BGB n.F. anregen oder als äußerstes Mittel das Pflegeverhältnis von sich aus beenden.<sup>1188</sup> Um solchen, auf dem Rücken des Kindes auszutragenden Machtkämpfen vorzubeugen, könnte man im Pflegevertrag der elterlichen Meinung, sofern sie das Kindeswohl im Sinn von § 1666 BGB n.F. nicht gefährdet, grundsätzlich den Vorrang einräumen.

<sup>1184</sup> Palandt-Diederichsen, § 1837, 8 und § 1630, 18

<sup>1185</sup> Büttner, FamRZ 1998, 585, 587

<sup>1186</sup> Staudinger-Coester, § 1666, 27

<sup>1187</sup> Palandt-Diederichsen, § 1630, 8

<sup>1188</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 124

9.4 § 1630 II BGB wird entsprechend angewendet, falls innerhalb eines Bereichs, das heißt innerhalb der Personen- oder der Vermögenssorge, die *Teilzuständigkeit* zwischen dem Inhaber der elterlichen Sorge und dem Pfleger gespalten ist, beispielsweise im Fall des § 1630 III BGB.<sup>1189</sup>

9.5 Eine entsprechende Anwendung des § 1630 II BGB, der Überschneidungen voraussetzt,<sup>1190</sup> kommt bei Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich Maßnahmen, die in die ausschließliche Zuständigkeit des Inhabers der elterlichen Sorge oder des Pflegers fallen, nicht in Betracht. In einem solchen Fall sollte das Jugendamt um Vermittlung gebeten werden (§ 38 SGB VIII/KJHG n.F.)

## 10. Die Bestellung von Pflegeelternpaaren zu Mitpflegern gem. § 1630 III 3 BGB und ihre Folgen

### 10.1 Die grundsätzliche Zulässigkeit der Bestellung eines Pflegeelternpaares zu Mitpflegern

Die §§ 1915 I, 1775 BGB beruhen auf der Tatsache, daß es auf dem Gebiet der elterlichen Sorge lediglich eine *väterliche Gewalt* gab, die regelmäßig allein vom Vater und in jedem Fall von einem leiblichen Elternteil allein ausgeübt wurde. Deshalb konnte die Vormundschaft und die Pflegschaft als Abbild der väterlichen Gewalt grundsätzlich nur von einer einzigen Person ausgeübt werden.<sup>1191</sup> Die *Rechtsprechung* nannte als Ursache für die Favorisierung der Einzelvormundschaft: "Die verständnisvollste persönliche *Fürsorge* für den Mündel kann *nirgends größer* sein als bei einer Persönlichkeit, die sich ganz den übernommenen Pflichten mit der nötigen Anpassung an die Eigenart des Mündels und mit dem Verständnis für dessen Lebensbedürfnisse widmet".<sup>1192</sup> Die *Literatur* führt als zusätzlichen Grund für die Bevorzugung der Einzelvormundschaft gegenüber der Mitvormundschaft und damit auch für die Bevorzugung der Einzelpflegschaft gegenüber der Mitpflegschaft an, daß ansonsten eine häufige Inanspruchnahme der Vormundschaftsgerichte aufgrund des § 1797 I 2 BGB und damit eine *erhöhte staatliche Eingriffsmöglichkeit* in familiäre Beziehungen drohten,<sup>1193</sup> ohne jedoch die Ermächtigung des Gerichts, den Vormündern zur Vermeidung von Meinungsverschiedenheiten gem. § 1797 I 2, HS 2 und II BGB getrennte Wirkungskreise zuteilen zu dürfen, ausreichend zu berücksichtigen.

Eine Abkehr von der Idee der "väterlichen Gewalt" erfolgte durch das Gleichberechtigungs-

<sup>1189</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 22

<sup>1190</sup> Palandt-Diederichsen, § 1630, 1

<sup>1191</sup> Oberloskamp, S. 17; Mugdan, S. 1031

<sup>1192</sup> Reinhart, FamRZ 1981, 7, Fn 6; OLG Darmstadt, HRR 1935, Nr. 535

<sup>1193</sup> Reinhart, FamRZ 1981, 7, Fn 7; Potrykus, Die Vormundschaftsformen des Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes, 1956, S. 53

urteil des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 1959.<sup>1194</sup> § 1626 I BGB geht deshalb von der gemeinsamen elterlichen Sorge aus.

Die wachsende Bedeutung des Instituts der Mitvormundschaft bzw. Mitpflegschaft verdeutlicht die Einfügung der §§ 1791 *a ff* BGB über die Amts- und Vereinsvormundschaft durch das Gesetz vom 19.08.1969.<sup>1195</sup> § 1775 BGB, der hinsichtlich der Zahl der zu bestellenden Vormündern zentrale Bedeutung hat, ging aber bis zum 31.12.1998 davon aus, daß selbst für mehrere Geschwister *grundsätzlich nur ein Vormund* zu bestellen sei, sofern nicht besondere Gründe für die Bestellung mehrerer Vormünder vorlagen. Nachdem es sich in der Praxis für das Kindeswohl als sinnvoll erwiesen hatte, wenn das Kind bei Pflegeeltern wohnte und die rechtlichen Bindungen mit der de facto ausgeübten gemeinschaftlichen Sorge im Einklang standen,<sup>1196</sup> sahen die Gerichte seit Anfang der achtziger Jahre die Aufnahme von Kindern in eine bereits bestehende Familie als "*besonderen Grund*" im Sinn von § 1775 BGB an, der die Bestellung der neuen "Eltern" auf deren Antrag zu Mitvormündern rechtfertigte.<sup>1197</sup>

Nachdem sich die gängige Praxis bewährt hatte, trug der Gesetzgeber den Gegebenheiten Rechnung und änderte mit Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts, sowie weiterer Vorschriften (Betreuungsrechtsänderungsgesetz - BtÄndG) vom 25.06.1998<sup>1198</sup> den § 1775 BGB mit Wirkung vom 01.01.1999, indem er dem alten Gesetzestext einen Satz voranstellte. Der Satz lautet: "Das Vormundschaftsgericht kann ein *Ehepaar gemeinschaftlich* zu Vormündern bestellen". Damit bedarf es für die Bestellung von Eheleuten zu Mitvormündern oder Mitpflegern keiner "besonderen Gründe" (§ 1775 BGB) mehr. Auf diese Weise will der Gesetzgeber die Vormundschaft und Pflegschaft stärker dem Eltern-Kind-Verhältnis angleichen, vor allem dann, wenn das Kind im Haushalt der Eheleute untergebracht ist.<sup>1199</sup>

Analog der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Anspruch eines Ehegatten einer "*hinkenden*" Ehe auf eine Hinterbliebenenrente<sup>1200</sup> dürfte der Begriff des Ehepaars im Rahmen des § 1775 S. 1 BGB keine formgültige Ehe voraussetzen, so daß die Partner einer "hinkenden" Ehe gem. §§ 1915, 1775 S. 1 BGB n.F. zu Mitpflegern bestellt werden können, ohne daß es hierfür besondere Gründe im Sinn der §§ 1915 I, 1775 S. 2 BGB n.F.

<sup>1194</sup> BVerfGE 10, 59 ff; Reinhard, FamRZ 1981, 7, 8, Fn 19

<sup>1195</sup> BGBl. 1969 I, S. 1243

<sup>1196</sup> Reinhard, FamRZ 1981, 7, 8, Fn 20; Conradi, FamRZ 1980, 103, 104

<sup>1197</sup> Reinhard, FamRZ 1981, 7, 8; Baer, FamRZ 1982, 221, 229; LG Heidelberg, FamRZ 1981, 96; Palandt-Diederichsen, 56. Aufl. 1997, § 1775, 1

<sup>1198</sup> BGBl. 1998 I, S. 1580

<sup>1199</sup> BT-Drucksache 13/7158, S. 21

<sup>1200</sup> BVerfGE 62, 323; Pieroth/Schlink, Rn 723, S. 169

bedarf.

Fraglich erscheint jedoch, inwieweit die Vorschriften über die *Begründung* einer Vormundschaft für die Bestellung von Pflegern nach § 1630 III BGB gelten; denn § 1915 I BGB legt fest, daß die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften auf die Pflegschaft nur insoweit Anwendung finden, als sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Diese Einschränkung ergibt sich aus § 1630 III 3 BGB n.F., der sinngemäß sagt: Die Pflegeperson hat die Rechte und Pflichten eines Pflegers erst, nachdem das Familiengericht Angelegenheiten der elterlichen Sorge auf sie übertragen hat. Die Weisung des § 1775 BGB ergeht an das Vormundschaftsgericht, nicht aber an das für die Übertragung von Befugnissen im Rahmen des § 1630 III BGB n.F. zuständige Familiengericht, noch sagt § 1775 BGB etwas aus über die Rechte und Pflichten eines Vormunds oder Pflegers. § 1775 BGB ist somit *nicht einschlägig*.

Für eine Entscheidung im Rahmen des § 1630 III BGB gilt die Vorgabe des § 1697 a BGB. Danach ist bei der Prüfung der Zweckmäßigkeit der Übertragung das *Kindeswohl* die oberste Richtschnur. Falls sich beide Pflegeelternteile mit der Übertragung sorgerechthlicher Befugnisse einverstanden erklären und die Übertragung auf beide Pflegeelternteile gemeinsam dem Interesse des Kindes dient, ist die Bestellung eines Pflegeelternpaares zu Mitpflegern auch nach der von mir vertretenen Ansicht zulässig.

Wenn nun *beide Lösungen* zum *gleichen Ergebnis* kommen, so beruht dies darauf, daß bei der historischen Entwicklung des heute geltenden § 1775 BGB das Kindeswohl eine entscheidende Rolle spielte. Grundsätze, die für die Auslegung des § 1775 BGB beachtenswert sind, sind folglich auch bei der Auslegung des Begriffs Kindeswohl relevant.

Infolge eines Wandels des gesellschaftlichen Bewußtseins wird heute eine *auf Dauer angelegte, eheähnliche, nicht homophile Lebensgemeinschaft* allgemein als alternative Lebensform<sup>1201</sup> toleriert. Die Zahl solcher Gemeinschaften nimmt stetig zu, während die Zahl formell geschlossener Ehen abnimmt. Daher wird sich die Praxis verstärkt mit dem Problem befassen müssen, ob auch beide Partner einer verfestigten, eheähnlichen Lebensgemeinschaft gemeinsam zu Pflegern bestellt werden können.

Nach dem neugeschaffenen § 1626 a I, Nr. 1 BGB steht Eltern, die bei der Geburt des Kindes nicht verheiratet waren, die elterliche Sorge gemeinsam zu, wenn sie Sorgeerklärungen abgeben. Damit durchbricht der Gesetzgeber selbst die Regel, daß nur Ehepaare das Recht erhalten, gemeinsam für ein minderjähriges Kind zu sorgen. Diese Angleichung an die Struktur der elterlichen Sorge entspricht einem praktischen Bedürfnis. Weil der allein

---

<sup>1201</sup> Palandt-Heinrichs, § 138, 51

Sorgeberechtigte bei Abwesenheit oder Verhinderung dem anderen Elternteil seine sorgerechtslichen Befugnisse nur insoweit delegieren kann, als die Angelegenheit nicht den persönlichen Einsatz des Sorgeberechtigten erfordert, sind Schwierigkeiten bei der Vertretung nach außen unvermeidlich. Das passive Wahlrecht zum *Elternbeirat* zum Beispiel ist höchstpersönlicher Natur und steht neben dem Erziehungsberechtigten (Art. 65 I 1, HS 1 BayEUG) nur Pflegepersonen im Sinn von §§ 1630 III oder 1688 I und II BGB n.F. und Heimerziehern im Rahmen des Art. 74 II 2 BayEUG zu (Art. 65 I 1, HS 2 BayEUG), so daß im Fall des § 1626 a BGB n.F. der nicht mit der Mutter des Kindes verheiratete Vater ohne die Neuregelung nicht in den Elternbeirat gewählt werden könnte.

Auch für die Bestellung von Partnern einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft zu Vormündern oder Pflegern kann im Einzelfall ein praktisches Bedürfnis bestehen. Denn es wird zum Beispiel dem Wohl eines Kindes, das seine Eltern durch einen Unfall verloren hat, entsprechen, wenn nicht nur der vielbeschäftigte Onkel, sondern auch dessen Lebensgefährtin zum Mitvormund bestellt wird und dadurch das Kind die Möglichkeit erhält, weiterhin in einem Familienverband, jedoch mit gleichberechtigten faktischen Elternteilen aufzuwachsen.

Wenn also die Bestellung zum Mitvormund dem Kindeswohl dient,<sup>1202</sup> leuchtete es nicht ein, wenn Partner einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft grundsätzlich nicht zu Mitpflegern bestellt werden könnten. Im *Einzelfall* erschiene mir eine Bestellung vertretbar, wenn die Lebensgefährten die Voraussetzungen des Art. 22 Bay KJHG erfüllen, eine *Probezeit* entsprechend § 1744 BGB erfolgreich absolviert haben und sowohl das Kind im Rahmen der Anhörung gem. § 50 b FGG als auch die beiden Lebensgefährten ihr *Einverständnis* gem. § 1630 III 1 und 2 BGB n.F. erklärt haben. Da das Sorgerecht des Pflegers der elterlichen Sorge nachgebildet ist und verwandten Zwecken dient,<sup>1203</sup> könnte im Einzelfall die Aufnahme eines Kindes in eine *hinreichend verfestigte* eheähnliche Lebensgemeinschaft als "besonderer Grund" angesehen werden, ähnlich wie vor der Novellierung des § 1775 BGB die Bestellung von Eheleuten zu Mitvormündern. Die spezialgesetzliche Regelung für die Adoption gem. § 1741 II 1 und 2 BGB n.F., wonach nur Eheleute gemeinschaftlich ein Kind adoptieren können, da keine andere Lebensgemeinschaft als die Ehe eine hinreichende rechtliche Absicherung besitzt, die eine gemeinschaftliche Adoption durch ihre Mitglieder rechtfertigt,<sup>1204</sup> ist für die Bestellung von Pflegern nicht einschlägig, weil die §§ 1915 I, 1775 S. 2 BGB n.F. die Bestellung von Personen zu Mitpflegern, zwischen denen keine familienrechtliche Beziehung bestehen, ausdrücklich zulassen.

<sup>1202</sup> LG Heidelberg, FamRZ 1981, 96; Palandt-Diederichsen, 56. Aufl. 1997, § 1775, 1

<sup>1203</sup> BVerfGE 10, 302, 328 = FamRZ 1960, 186; Reinhart, FamRZ 1981, 7, 8, Fn 23

<sup>1204</sup> Palandt-Diederichsen, § 1741, 12; BT-Drucksache 7/3061, S. 30



Hält man wie ich die §§ 1915 I, 1775 BGB n.F. nicht für anwendbar, kommt man unter dem Aspekt des Kindeswohls zum gleichen Ergebnis.

### 10.2 Die Zustimmungsbedürftigkeit der nachträglichen Bestellung eines Mitpflegers durch den Pfleger (§§ 1630 III 3, 1915 I, 1778 IV BGB)

Hat das Familiengericht auf Antrag der Eltern Angelegenheiten der elterlichen Sorge auf eine Pflegeperson übertragen, so darf ein Mitpfleger nur bestellt werden, wenn die Pflegeperson zustimmt. Zu diesem Ergebnis gelangt man unabhängig davon, ob man die Vorschriften über die *Begründung* von Vormundschaften (§§ 1915 I, 1773 - 1794 c BGB) für anwendbar hält oder nicht; § 1778 IV BGB regelt die *Rechte* eines berufenen Pflegers und ist somit nach dem Wortlaut des § 1630 III 3 BGB unabhängig vom Standort der Vorschrift anwendbar.

### 10.3 Die Führung der Pflegschaft durch ein gem. § 1630 III BGB bestelltes Pflegeelternpaar

Ein zu Mitpflegern bestelltes Pflegeelternpaar führt wie alle Mitpfleger die Pflegschaft grundsätzlich gemeinschaftlich in der Form einer *Gesamtvertretung*.<sup>1205</sup> Falls es an der notwendigen Mitwirkung eines Pflegeelternteils fehlt, gelten die §§ 177 ff BGB.<sup>1206</sup> Es gelten jedoch die folgenden Ausnahmen vom Grundsatz der Gesamtvertretung:

- Gem. § 171 III, F. 1 ZPO genügt die Zustellung an *einen* Mitpfleger.
- Gem. § 58 I, F. 2 FGG besitzt jeder Mitpfleger ein selbständiges Beschwerderecht.
- Gem. §§ 46 II und III, 47 II und III FGG haben beide Mitpfleger das Recht, ihre Zustimmung zur Abgabe der Pflegschaft an ein anderes Gericht zu verweigern.

Im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist die Vertretungsbefugnis bei Tod oder Verhinderung eines Pflegeelternteils, sowie in Not- und Eilfällen. Wegen der familienrechtlichen Ausgestaltung der Pflegschaft liegt es deshalb nahe, die für Eheleute geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, und zwar:

- Im Fall des *Todes* eines Pflegeelternteils stehen die gem. § 1630 III BGB auf beide Pflegeelternteile als Mitpfleger übertragenen Befugnisse fortan dem überlebenden Pflegeelternteil *analog* § 1680 I BGB n.F. allein zu. Die Gesamtvertretung wandelt sich folglich mit dem Tod des Mitpflegers in ein *Einzelvertretungsrecht* des anderen Mitpflegers um.<sup>1207</sup>
- Im Fall der *Verhinderung* eines Mitpflegers aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen

<sup>1205</sup> Staudinger-Engler, § 1775, 14

<sup>1206</sup> Palandt-Diederichsen, § 1797, 1; RGZ 81, 325

<sup>1207</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 58

besitzt der andere Mitpfleger *analog § 1678 I 1, HS 1, F. 1 BGB n.F.* ein *Einzelvertretungsrecht*. Als Verhinderung aus *tatsächlichen Gründen* kommt ein unbekannter Aufenthalt eines Pflegeelternteils in Betracht. Beispiele für eine Verhinderung aus *rechtlichen Gründen* finden sich in § 1795 I, Nr. 1, F. 2, Nr. 3, F. 1 und II BGB, nämlich:

- ein Rechtsgeschäft zwischen einem Verwandten in gerader Linie nur des einen Mitpflegers und dem Kind, es sei denn, das Rechtsgeschäft besteht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit,
- ein Rechtsstreit zwischen dem Kind und den in § 1795 I, Nr. 1, F. 2 genannten Verwandten nur eines Mitpflegers,
- ein Rechtsgeschäft im Namen des Kindes mit nur einem Mitpfleger im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

• Bei *Gefahr in Verzug* ist jeder Mitpfleger *analog § 1629 I 4 BGB n.F.* dazu berechtigt, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl des Kindes notwendig sind; der andere Elternteil ist unverzüglich zu unterrichten. § 1629 I 4 BGB n.F. normiert ein Notvertretungsrecht wie es bislang in § 38 I Nr. 5 SGB VIII/KJHG a.F., allerdings nur für Heimerzieher und bestimmte Arten von Pflegepersonen, vorgesehen war.<sup>1208</sup> Zum gleichen Ergebnis, also einem *Einzelvertretungsrecht*, käme man auch, wenn man wie vor der Novellierung des § 1629 BGB den in den §§ 744 II, 1454, 2038 I 2 BGB und § 115 II HGB enthaltenen Grundsatz verallgemeinerte, wonach notfalls verbindlich für andere gehandelt werden kann.<sup>1209</sup> § 1629 I 4 BGB n.F. ist analog anwendbar, da die Pflegschaft der elterlichen Sorge nachgebildet ist und das Wohl des Kindes bei einer Mitpflegschaft ähnlich wie das Wohl des Kindes bei gemeinschaftlicher elterlicher Sorge in Not- und Eilfällen ein Einzelvertretungsrecht jedes einzelnen Pflegers gebietet.

#### *10.4 Meinungsverschiedenheiten zwischen gem. § 1630 III BGB zu Mitpflegern bestellten Pflegeelternteilen*

Falls es zwischen beiden Teilen eines Pflegeelternpaares zu Meinungsverschiedenheiten über die richtige Ausübung der sorgerechtlichen Befugnisse kommt, treten Fallkonstellationen ein, die mit denen der §§ 1627, 1628 BGB vergleichbar sind. Jedoch greifen kraft Verweisung gem. §§ 1630 III 3, 1915 I BGB n.F. die §§ 1797, 1798 BGB mit der Folge ein, daß ein Einigungsversuch analog § 1627 S. 2 BGB nicht vorgeschrieben ist und daß für die Entscheidung über die Meinungsverschiedenheit grundsätzlich das Vormundschaftsgericht anstatt des Familiengerichts zuständig ist, falls nicht ausnahmsweise bei der Bestellung ein anderes bestimmt wurde (§ 1797 I 2 BGB).

<sup>1208</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 96

<sup>1209</sup>BR-Drucksache 180/96, S. 106; Windel FamRZ 1997, 713, 718, Fn 78

Abweichend davon wurde in der Fachliteratur wegen der Berechtigung der leiblichen Eltern, einen Antrag auf Rückübertragung zu stellen, eine "*Vorrangstellung*" der Eltern gesehen und daraus gefolgert, die Pflegepersonen müßten in erster Linie versuchen, eine Streitentscheidung durch die leiblichen Eltern herbeizuführen, falls die Eltern erreichbar und willens sind, sich mit der streitigen Angelegenheit zu befassen. Erst wenn dieser Versuch gescheitert ist, sollte das Gericht angerufen werden.<sup>1210</sup> Dieser Weg sollte meines Erachtens, sofern er im Einzelfall erfolgversprechend erscheint, von Anfang an im Pflegevertrag verankert werden.

## 11. Beendigung der Pflegschaft kraft Gesetzes (§§ 1630 III 3, 1918 I BGB)

Die elterliche Sorge ist eine Schutzgewalt und ein absolutes Recht, das grundsätzlich, also von §§ 1671 II, 1672, 1741 ff BGB abgesehen, nicht übertragbar ist.<sup>1211</sup> Eltern können sich aber der Hilfe Dritter bedienen und insoweit selbst auf die Ausübung der elterlichen Sorge verzichten (§ 1626 I BGB n.F.). Im Umfang einer antragsgebundenen familiengerichtlichen Übertragung von Angelegenheiten der elterlichen Sorge zur Ausübung auf einen Dritten, Pflegeperson genannt, hat die Pflegeperson die Rechte und Pflichten eines Pflegers (§ 1630 III 3 BGB n.F.). Auf die Pflegschaft finden die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt (§ 1915 I BGB). Dies ist für die Beendigung der Pflegschaft kraft Gesetzes gem. § 1918 I BGB, der auch auf eine gem. § 1630 III BGB bestellte Pflegschaft Anwendung findet,<sup>1212</sup> der Fall. Danach endet die Pflegschaft für eine unter elterlicher Sorge stehende Person

11.1. mit der *Beendigung* der elterlichen Sorge. Ein bloßer Wechsel in der Person des Sorgerechtsinhabers steht der Beendigung der elterlichen Sorge gleich.<sup>1213</sup>

Die Beendigung kann verschiedene Ursachen haben, wobei hauptsächlich in Frage kommen:

11.1.1 der *Tod des Kindes* nach der Pflegerbestellung.<sup>1214</sup> Demgegenüber hat der Tod des Kindes zwischen Antrag und familiengerichtlicher Übertragung zur Folge, daß die Pflegerbestellung gar nicht erst eintritt.<sup>1215</sup>

11.1.2 Das Kind erreicht das *Volljährigkeitsalter*, so daß die elterliche Sorge gem. §§ 2, 1626 I

<sup>1210</sup>Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 124

<sup>1211</sup>Palandt-Diederichsen, § 1626, 5; Schellhorn/Wienand, § 38, 4

<sup>1212</sup>Staudinger-Bienwald, § 1918, 2

<sup>1213</sup>Palandt-Diederichsen, § 1918, 1

<sup>1214</sup>Palandt-Diederichsen, § 1918, 1

<sup>1215</sup>Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 16; BayObLGZ 19, 126

1 BGB n.F. kraft Gesetzes endet.<sup>1216</sup>

11.1.3 Beide sorgeberechtigten natürlichen Eltern sterben oder werden für *Tod* erklärt oder es wird ihre Todeszeit gem. dem Verschollenheitsgesetz festgestellt; alle genannten Ereignisse haben kraft Gesetzes auch dann ein Ende der elterlichen Sorge zur Folge, wenn sie den allein sorgeberechtigten Elternteil betreffen.<sup>1217</sup>

11.1.4 Im Fall des nicht nur vorübergehenden *Getrenntlebens* der leiblichen Eltern wird die gemeinsame elterliche Sorge (§ 1626 I BGB n.F.) gem. §§ 1671, 1672 BGB n.F. auf den anderen leiblichen Elternteil übertragen.

11.1.5 Derjenige Mann, der gem. § 1592 Nr. 1 oder 2 BGB n.F. als biologischer Vater gilt, ficht die Vaterschaft gem. § 1600 BGB n.F. erfolgreich an, was zur Folge hat, daß mit der Rechtskraft des der *Vaterschaftsanfechtung* stattgebenden Urteils die elterliche Sorge des Klägers endet.<sup>1218</sup>

11.1.6 Das Kind wird *von Dritten adoptiert*, ohne daß das Vormundschaftsgericht bis dahin seiner Pflicht nachkam, die Pflegschaft gem. § 1919 BGB aufzuheben.<sup>1219</sup> In einem solchen Fall endet die elterliche Sorge der leiblichen Eltern gem. § 1754 BGB mit der Zustellung des Annahmebeschlusses an die Adoptiveltern gem. § 56 e, S. 2 FGG,<sup>1220</sup> so daß eine für das Kind bestellte Pflegschaft gem. § 1918 I, F. 1 BGB erlischt.

11.1.7 Das Kind wird von seinen Adoptiveltern in der Pflegefamilie untergebracht. Anschließend übertragen die Adoptiveltern entweder gem. § 1630 III 1 BGB n.F. sorgerechtliche Befugnisse auf die Pflegeeltern oder stimmen gem. § 1630 III 2 BGB n.F. einer derartigen Übertragung auf die Pflegeeltern zu. Später wird die *Adoption* wegen formellen oder Willensmängeln oder einer schwerwiegenden Kindeswohlgefährdung gem. §§ 1760, 1763 BGB *aufgehoben*.

Im Fall der Aufhebung einer Adoption tritt gem. § 1764 III und IV BGB nicht automatisch eine Beendigung der elterlichen Sorge der Adoptiveltern ein, sondern die elterliche Sorge muß vom Vormundschaftsgericht gesondert auf die leiblichen Eltern zurückübertragen werden; das Vormundschaftsgericht darf die *Rückübertragung* des Sorgerechts gem. § 1764 IV, HS 1 BGB nur dann ablehnen, wenn und soweit diese dem Kindeswohl widerspricht.

<sup>1216</sup>Palandt-Diederichsen, § 1626, 30; OVG Münster, FamRZ 1995, 1004

<sup>1217</sup>Palandt-Diederichsen, § 1677, 1

<sup>1218</sup>Palandt-Diederichsen, § 1600, 2

<sup>1219</sup>Staudinger-Frank, § 1751, 17

<sup>1220</sup>Palandt-Diederichsen, § 1754, 3

Falls das Vormundschaftsgericht im betreffenden Fall die elterliche Sorge entweder im vollen Umfang oder hinsichtlich der gem. § 1630 III BGB übertragenen Angelegenheiten auf die natürlichen Eltern zurücküberträgt, tritt aufgrund der Rückübertragung diesbezüglich eine Beendigung der elterlichen Sorge der Adoptiveltern ein mit der Folge, daß eine für das Kind bestellte Pflegschaft gem. § 1918 I, F. 1 BGB kraft Gesetzes endet.

11.1.8 Die Eltern haben gem. § 1666 I BGB n.F. das Sorgerecht verloren, nachdem das Familiengericht antragsgemäß Angelegenheiten der elterlichen Sorge auf eine Pflegeperson übertragen hatte. Mit der Bestellung des Vormunds endet die Pflegschaft.

11.2 mit dem *Ruhen* der elterlichen Sorge im Sinn von § 1675 BGB;<sup>1221</sup> denn in diesem Fall bleibt das Sorgerecht nur formell bestehen, so daß das Ruhen der elterlichen Sorge in seiner praktischen Auswirkung der Beendigung der elterlichen Sorge gleichkommt. Allerdings bleibt eine bestehende Pflegschaft (§ 1744 BGB) mit der Einwilligung eines Elternteils in die Annahme als Kind oder der Ersetzung der elterlichen Einwilligung gem. § 1748 BGB n.F. bestehen (§ 1751 I 3 BGB n.F.),<sup>1222</sup> obwohl mit der Einwilligung (§ 1747 BGB n.F.) als auch mit deren Ersetzung<sup>1223</sup> ein Ruhen der elterlichen Sorge gem. § 1751 I 1, HS 1 BGB n.F. eintritt.

Als mögliche Gründe für das Ruhen der elterlichen Sorge kommen vor allem in Betracht:

11.2.1 die *Geschäftsunfähigkeit* der sorgeberechtigten leiblichen Eltern bzw. des allein sorgeberechtigten natürlichen Elternteils (§ 1673 I BGB)

11.2.2 das Wirksamwerden der *gerichtlichen Feststellung* gem. § 1674 I BGB n.F., daß die sorgeberechtigten Eltern bzw. der allein sorgeberechtigte leibliche Elternteil das Sorgerecht auf längere Zeit beispielsweise aufgrund eines unbekannten Aufenthalts, einer körperlichen oder geistigen Krankheit oder Alkoholsucht, nicht ausüben können/kann.

11.2.3 der Wegfall des Einwilligungserfordernisses in die Adoption (§ 1747 IV BGB n.F.). Falls die leiblichen Eltern zur Abgabe einer Erklärung dauerhaft außerstande oder dauernd unbekannten Aufenthalts sind, kommt es weder zu einer Einwilligung der Eltern (§ 1747 I - III BGB n.F.) noch zu einer Ersetzung der Einwilligung (§ 1748 BGB n.F.). Deshalb erfaßt § 1751 I BGB meines Erachtens den Fall des § 1747 IV BGB nicht.<sup>1224</sup> Da folglich

<sup>1221</sup> Palandt-Diederichsen, § 1918, 1; KG, JW 1934, 2624

<sup>1222</sup> Staudinger-Frank, § 1751, 8 und 16; MüKo-BGB-Lüderitz, § 1751, 3

<sup>1223</sup> Palandt-Diederichsen, § 1751, 1; MüKo-BGB-Lüderitz, § 1751, 2

<sup>1224</sup> Staudinger-Frank, § 1751, 4 - 8 im Umkehrschluß

die elterliche Sorge gem. § 1673 I BGB oder gem. § 1674 I BGB n.F. ruht, endet eine auf § 1630 III BGB n.F. und § 1744 BGB fußende Pflegschaft gem. § 1918 I BGB kraft Gesetzes, sobald kein sorgeberechtigter biologischer Elternteil des Kindes mehr Geschäftsfähigkeit besitzt (§ 1673 I BGB) bzw. sobald das zuständige Familiengericht eine Feststellung im Sinn von § 1674 I BGB n.F. getroffen hat.

## 12. Aufhebung der Pflegschaft (§ 1919 BGB)

### 12.1 Möglichkeiten einer Rückübertragung von Sorgerechtsangelegenheiten auf Antrag der leiblichen Eltern

12.1.1 § 1630 III BGB n.F. äußert sich nicht zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen auf die Pflegeeltern übertragene Sorgerechtsangelegenheiten rückübertragen werden müssen, obwohl das Kind weiterhin in der Pflegestelle lebt.

Die ganz h.M. in der Literatur vertritt hierzu die Ansicht, daß eine Rückübertragung auch bei Fortbestand der Pflegeverhältnisse allein einen entsprechenden *Antrag* der natürlichen Eltern voraussetzt und daß das *Gericht* einem derartigen Antrag in jedem Fall *stattzugeben hat*.<sup>1225</sup> Dies wird damit begründet, daß die Rechtsstellung der Pflegeeltern ausschließlich auf dem Willen der natürlichen Eltern basiert und eine Aufrechterhaltung der Pflegerstellung der Pflegepersonen gegen den Willen der leiblichen Eltern gegen Art. 6 II GG verstößt. Dies trifft insoweit nicht im vollen Umfang zu, als die Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten außer einem entsprechenden Antrag der biologischen Eltern gem. § 1630 III 1 BGB n.F. bzw. deren Zustimmung gem. § 1630 III 2 BGB n.F. noch von zusätzlichen Voraussetzungen abhängt,<sup>1226</sup> und zwar entweder von einem Antrag der Pflegeeltern gem. § 1630 III 1 BGB n.F. oder von deren Zustimmung sowie davon, daß die Übertragung der sorgerechtlichen Befugnisse dem *Kindesinteresse* dient.<sup>1227</sup> Für die ganz h.M. spricht jedoch, daß die natürlichen Eltern mit ihrem Antrag möglicherweise ein wiedererstandenes Interesse an ihrem Kind zum Ausdruck bringen, das heißt, ihr Begehren den ersten Schritt zur Rückführung des Kindes in die Herkunftsfamilie bedeuten kann.

12.1.2 Als Ansatzpunkt für eine sachgerechte Lösung eignet sich das Pflegschaftsrecht, das in § 1919 BGB das Gericht bei einem Wegfall des Anordnungsgrundes in jedem Fall zur Aufhebung der Pflegschaft verpflichtet. Zwar basiert die Verwendung des Ausdrucks "Grund für die Anordnung" in § 1919 BGB auf der gesetzlichen Aufzählung diverser Fälle eines Fürsorgebedürfnisses in den §§ 1909 ff BGB. Jedoch gilt es zu bedenken, daß § 1630

<sup>1225</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 123; Windel, FamRZ 1997, 713, 722

<sup>1226</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 124

<sup>1227</sup> Schwab, A 96 ff, Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 51

III BGB hinsichtlich eines *Falls ohne Fürsorgebedürfnis* auf das Pflegschaftsrecht verweist mit der Folge, daß der Wegfall *einer* der Anordnungsvoraussetzungen generell den Wegfall des Anordnungsgrundes beinhaltet. Deshalb hat das Gericht die Übertragung rückgängig zu machen, falls und soweit die natürlichen Eltern einen entsprechenden Antrag stellen.<sup>1228</sup>

12.1.3 Lediglich eine *Kindeswohlgefährdung i.S.v. § 1666 BGB* steht einer Rückübertragung entgegen.<sup>1229</sup> Da eine Verbleibensanordnung i.S.v. § 1632 IV BGB n.F. nach wie vor eine objektive Kindeswohlgefährdung voraussetzt und nur nicht mehr von der Erfüllung der subjektiven Elemente des § 1666 BGB abhängt,<sup>1230</sup> darf eine Rückübertragung der Gesamtheit der Rechte abgelehnt werden, soweit die Voraussetzungen für eine *Verbleibensanordnung gem. § 1632 IV BGB n.F.* vorliegen.<sup>1231</sup> Gleiches gilt erst recht in denjenigen Fällen, in denen bereits eine Verbleibensanordnung gem. § 1632 IV BGB n.F. ergangen ist.

12.1.4 Lebt das *Kind* dagegen *einvernehmlich in der Pflegestelle*, muß das Gericht prüfen, inwiefern es im Einklang mit dem Kindeswohl steht, daß die leiblichen Eltern sämtliche Rechte wieder selbst wahrnehmen oder ob Einschränkungen gem. § 1666 BGB erforderlich sind.<sup>1232</sup> Dem *Jugendamt* fällt auch hier gem. § 38 SGB VIII/KJHG n.F. die Aufgabe zu, vermittelnd und beratend tätig zu werden.<sup>1233</sup>

Der Inhaber der elterlichen Sorge kann sich jedoch nicht auf § 812 I 2, F. 1 BGB berufen, indem er behauptet, daß infolge des Rückübertragungsantrags der rechtliche Grund für die Pflegerbestellung nachträglich weggefallen sei. Denn die erlangten sorgerechtlichen Befugnisse stellen keinen vermögenswerten Vorteil dar, was aber § 812 BGB in jedem Fall voraussetzt.<sup>1234</sup>

12.1.5 Im Hinblick auf die Voraussetzung "Wegfall des Anordnungsgrundes" (§ 1919 BGB) ergibt sich die Frage, ob dieser auch dann wegfällt, wenn die natürlichen Eltern der Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III 2 BGB n.F. *zugestimmt* hatten und nunmehr deren Rückübertragung *beantragen*.

Auch in einem solchen Fall entfällt eine der alternativen Voraussetzungen des § 1630 III BGB n.F. für eine Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten nachträglich. Denn der

<sup>1228</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 124; MüKo-BGB-Hinz, § 1630, 24, Fn 47

<sup>1229</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 59; MüKo-BGB-Hinz, § 1630, 24, Fn 47

<sup>1230</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 96

<sup>1231</sup> Baer, FamRZ 1982, 221, 229

<sup>1232</sup> Baer, FamRZ 1982, 221, 229

<sup>1233</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 58

<sup>1234</sup> Palandt-Thomas, § 812, 16; BGH, NJW 1995, 53

Rückübertragungsantrag, also ein aktives Tun, schließt als wesensgleiches Minus einen *Widerruf der Zustimmung* zur Übertragung, das heißt einen Widerruf einer bloßen passiven Duldung, notwendig mit ein.

12.1.6 Dem Rückübertragungsanspruch der biologischen Eltern steht eine *vertragliche Verpflichtung* zur Übertragung der betreffenden sorgerechtlichen Befugnisse *nicht* entgegen. Zwar enthält eine vertragliche Übertragungspflicht konkludent auch eine Pflicht zur Aufrechterhaltung der übertragenen sorgerechtlichen Befugnisse. Somit verbietet ein Pflegevertrag, der die leiblichen Eltern zur Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse verpflichtet, die Rückübertragung der betreffenden sorgerechtlichen Befugnisse auf Antrag der natürlichen Eltern. Dies bedeutet, daß die biologischen Eltern auf den Rückübertragungsanspruch, daß heißt auf einen Bestandteil ihres Sorgerechts, verzichten. Jedoch ist ein *Verzicht* auf das elterliche Sorgerecht, auch ein partieller Verzicht und damit auch ein auf den Rückübertragungsanspruch beschränkter Verzicht, *unwirksam*.<sup>1235</sup> Denn kein Elternteil darf auf die elterliche Sorge verzichten, weil er hierzu nicht lediglich berechtigt, sondern auch verpflichtet ist;<sup>1236</sup> Ausnahmen gelten nur im Rahmen der §§ 1671, 1672 BGB, sowie im Rahmen der Adoption (§§ 1741 ff BGB). Ansonsten darf die elterliche Sorge lediglich *auf jederzeitigen Widerruf zur Ausübung* übertragen werden;<sup>1237</sup> den *Widerruf ausschließende Abreden* sind *nichtig*.<sup>1238</sup> Somit spielen Bestimmungen im Pflegevertrag im Rahmen der Rückübertragung sorgerechtlicher Befugnisse keine Rolle. Aus diesem Grund können die Pflegepersonen die Rückübertragung nicht mit Einwendungen aus dem Pflegevertrag verhindern.

12.1.7 Die Pflegeeltern dürfen lediglich einen Verstoß des Rückübertragungsantrags gegen den Grundsatz von *Treu und Glauben* (§ 242 BGB), der auch im Familienrecht<sup>1239</sup> und im Verfahrensrecht<sup>1240</sup> gilt, sowie einen Verstoß gegen das *Schikaneverbot* gem. § 226 BGB rügen.

12.1.8 Darüber hinaus kann die im Fall einer Anerkennung eines uneingeschränkten Widerrufsrechts für die biologischen Eltern drohende Gefahr eines willkürlichen Verhaltens dieser, insbesondere die Gefahr eines ständigen Hin und Her zwischen Übertragungs- und Rückübertragungsanträgen, durch eine *Zurückhaltung bei der Übertragung* sorgerechtlicher Befugnisse und als ultima ratio durch *Maßnahmen* gem. § 1666 BGB gebannt

---

<sup>1235</sup> Mugdan, S. 752 u. 754

<sup>1236</sup> Palandt-Diederichsen, § 1626, 6-7; RG, JW 1925, 2115; MüKo-BGB-Hinz, § 1626, 8; KG, FamRZ 1955, 295 ff

<sup>1237</sup> OLG München, HRR 1936, 263

<sup>1238</sup> Palandt-Diederichsen, § 1626, 7

<sup>1239</sup> Palandt-Heinrichs, § 242, 16; BGHZ 5, 189

<sup>1240</sup> Palandt-Heinrichs, § 242, 17



werden.<sup>1241</sup>

12.1.9 Weil eine Rückübertragung sorgerechtlicher Befugnisse einen *actus contrarius* zu deren Übertragung darstellt, gelten meines Erachtens hinsichtlich der Antragsbefugnis der leiblichen Eltern die gleichen Grundsätze wie bei der Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten. Daher setzt eine Rückübertragung sorgerechtlicher Befugnisse auf Betreiben der natürlichen Eltern ebenso wie deren Übertragung, falls beiden leiblichen Eltern das Sorgerecht zusteht, einen *gemeinsamen Antrag* voraus.<sup>1242</sup> Wenn man im Fall eines *elterlichen Dissenses* bezüglich des "Ob" oder "Wie" der Stellung eines Antrags gem. § 1630 III BGB ein Verfahren gem. § 1628 BGB für zulässig hält,<sup>1243</sup> muß dies logischerweise auch hinsichtlich der Stellung eines Antrags auf Rückübertragung von Sorgerechtsangelegenheiten gelten.

12.1.10 In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die natürlichen Eltern, statt die Rückübertragung der übertragenen sorgerechtlichen Befugnisse zu beantragen, den Übertragungsantrag wegen Willensmängeln gem. §§ 119 ff BGB anfechten können.

Der Übertragungsantrag gem. § 1630 III 1 BGB n.F. stellt eine Verfahrenshandlung dar, beinhaltet aber zugleich ein materiellrechtliches Rechtsgeschäft, nämlich die Übertragung der betreffenden sorgerechtlichen Befugnisse auf die Pflegeperson. Daher handelt es sich bei dem Übertragungsantrag gem. § 1630 III 1 BGB n.F. um eine *Verfahrenshandlung mit Doppelnatur*,<sup>1244</sup> auf die die §§ 119 ff BGB anders als auf reine Verfahrenshandlungen Anwendung finden.<sup>1245</sup>

Jedoch gilt es zu bedenken, daß eine Anfechtung, die den Übertragungsantrag gem. § 142 I BGB mit rückwirkender Kraft vernichtet und deshalb *ex-tunc-Wirkung* besitzt, zur Folge hätte, daß die Pfleger rückwirkend zu Vertretern ohne Vertretungsmacht würden. Somit könnte eine Anfechtung mit *ex-tunc-Wirkung*, insbesondere dann, wenn sie erst lange Zeit nach der Pflegerbestellung erfolgt, unübersehbare praktische Auswirkungen haben.<sup>1246</sup> Folglich kann ein Übertragungsantrag meines Erachtens ebenso wie andere vollzogene Rechtsgeschäfte nur mit *ex-nunc-Wirkung*, also mit Wirkung lediglich für die Zukunft, angefochten werden.<sup>1247</sup> Diese Konstellation ist vergleichbar mit derjenigen bei einer fehlerhaften Gesellschaft<sup>1248</sup> und bei einem faktischen Arbeitsverhältnis.<sup>1249</sup>

<sup>1241</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 124

<sup>1242</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 46

<sup>1243</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 123

<sup>1244</sup> Palandt-Heinrichs, Überblick vor § 104, 37

<sup>1245</sup> Palandt-Heinrichs, § 119, 6; BGHZ 80, 392; BVerwG, NJW 1980, 136

<sup>1246</sup> Götz Hueck, § 6 IV, S. 50

<sup>1247</sup> Palandt-Heinrichs, § 119, 5 und § 142, 3

<sup>1248</sup> Götz Hueck, § 13 III 2 b, S. 98/99

<sup>1249</sup> Köhler, AT Nr. 64, S. 82/83; Helml, S. 54/55; Richardi, S. 4; Hanau/Adomeit, S. 181 ff

12.1.11 Damit *gleicht die Anfechtung* eines Übertragungsantrags *gem. §§ 119 ff BGB* in ihren Wirkungen der *Stellung eines Rückübertragungsantrags*, der ebenfalls nur für die Zukunft wirkt. Dies bedeutet, daß auch im Fall der Anfechtung eines Übertragungsantrags nachträglich eine der Voraussetzungen für eine Pflegerbestellung *gem. § 1630 III BGB* wegfällt. Das hat *gem. § 1919 BGB* ebenfalls zur Folge, daß die Pflegschaft vom *Vormundschaftsgericht aufgehoben werden muß*.

## 12.2 Die Rückübertragung von Angelegenheiten der elterlichen Sorge auf Antrag der Pflegeperson

§ 1630 III 1 und 2 BGB n.F. regeln die familiengerichtliche Übertragung der elterlichen Sorge von den Eltern auf die Pflegeperson. Voraussetzung für die Übertragung ist unter anderem entweder ein Antrag oder die Zustimmung der Pflegeperson. Im Umfang der Übertragung hat die Pflegeperson die Rechte und Pflichten eines Pflegers (§ 1630 III 3 BGB n.F.). Damit ist Vormundschaftsrecht anzuwenden (§ 1915 I BGB). Dennoch ist ein Unterschied erkennbar: Die Vormundschaft wird von Amts wegen angeordnet (§ 1774 BGB), die Übertragung *gem. § 1630 III BGB n.F.* basiert unter anderem auf dem freien Willen der Pflegeperson zur Übernahme.

Ein weiterer Unterschied liegt darin, daß für die Beendigung einer Pflegschaft, anders als bei der Vormundschaft, nicht die §§ 1882 - 1885 BGB, sondern die §§ 1918 I, III und 1919 BGB gelten. Beantragt die Pflegeperson die Rückübertragung von Angelegenheiten der elterlichen Sorge, so ist § 1919 BGB einschlägig. Hiernach ist die Pflegschaft vom Vormundschaftsgericht aufzuheben, wenn der Grund für die Anordnung der Pflegschaft weggefallen ist. Der Grund für die Anordnung einer Pflegschaft liegt entweder in einem der in den §§ 1909 ff BGB aufgezählten Fälle eines Fürsorgebedürfnisses oder - wie vorliegend - in § 1630 III BGB n.F. Weil aber in § 1630 III BGB n.F. gerade kein Fürsorgebedürfnis vorausgesetzt wird, ist unter Wegfall des Anordnungsgrundes allgemein der Wegfall einer Anordnungsvoraussetzung zu verstehen.<sup>1250</sup> Anordnungsvoraussetzung war der freie Wille der Pflegeperson zur Übernahme. Wenn sich nur die Pflegeperson der Verantwortung nicht mehr gewachsen fühlt, die sie übernommen hat, oder die Verantwortung, aus welchem Grund auch immer, nicht mehr tragen will, *muß* das Vormundschaftsgericht die *Pflegschaft* im Interesse des Kindes (§ 1697 a BGB n.F.) *aufheben*, falls aus dem Festhalten mehr Schaden als Nutzen zu erwarten ist (§ 1919 BGB).<sup>1251</sup>

<sup>1250</sup> Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 124

<sup>1251</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1630, 24; Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 60; RGRK-Wenz, § 1630, 22; Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 124; anderer Meinung: Windel, FamRZ 1997, 713, 722, Fn 147

Das Vormundschaftsgericht kann die Pflegeperson nicht zwingen, sich weiterhin der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts (§ 1837 II 1 BGB) zu unterwerfen, es sei denn, die Pflegeperson hätte vor dem Gericht von vornherein auf den Rückübertragungsanspruch verzichtet. Ein solcher *Verzicht* ist, obwohl gesetzlich nicht geregelt, meines Erachtens zulässig, da er kein unverzichtbares Recht betrifft.

Falls beide Pflegeelternteile zu Mitpflegern bestellt wurden, stellt sich die Frage, ob einer der *Mitpfleger* auf seine sorgerechtlichen Befugnisse verzichten kann, obwohl der andere Mitpfleger seine Befugnisse behalten möchte. Hierbei gilt es zu bedenken, daß § 1630 III BGB n.F. ausschließlich von der Pflegeperson spricht, so daß jedem Pflegeelternteil, unabhängig vom anderen Pflegeelternteil, ein Antragsrecht hinsichtlich der Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten auf sich selbst zusteht. Da es sich bei einer Rückübertragung sorgerechtlicher Befugnisse um einen *actus contrarius* handelt, muß logischerweise auch ein einzelner Pflegeelternteil als Mitpfleger auf seine sorgerechtlichen Befugnisse verzichten dürfen, während der andere Pflegeelternteil weiterhin Pfleger bleibt.

Im Gegensatz zur Bestellung eines Mitpflegers gem. §§ 1915 I, 1778 IV BGB bedarf die Entlassung eines Mitpflegers auf seinen Antrag hin nicht der Zustimmung des anderen Mitpflegers. Denn weder existiert eine Vorschrift, die für die Rückübertragung eine Zustimmungspflicht normiert, noch besteht ein Bedürfnis für analoge Anwendung der §§ 1915 I, 1778 IV BGB, weil die Entlassung des anderen Mitpflegers anders als dessen Bestellung die Rechtsposition des Verbleibenden stärkt.

### *12.3 Die Möglichkeit der Stellung eines Rückübertragungsantrags durch einen Vertreter*

In ähnlicher Weise wie der Übertragungsantrag gem. § 1630 III 1 BGB n.F. darf der Rückübertragungsantrag sowohl seitens der natürlichen Eltern als auch seitens der Pflegepersonen durch das Jugendamt oder einen beliebigen Dritten als Vertreter gestellt werden, da diesbezüglich kein Pendant zu § 1762 I 3 BGB existiert, wonach der Antrag auf die Aufhebung einer Adoption (§ 1760 BGB) weder seitens der biologischen Eltern noch seitens der Adoptiveltern durch einen Vertreter erfolgen darf,<sup>1252</sup> und sämtliche rechtsgeschäftliche Handlungen mit Ausnahme derjenigen höchstpersönlicher Natur durch einen Stellvertreter vorgenommen werden können.<sup>1253</sup>

### *12.4 Aufhebung der Pflegschaft in sonstigen Fällen*

Das Vormundschaftsgericht hat die Pflegschaft in weiteren Fällen aufzuheben, wenn der Grund für die Anordnung der Pflegschaft weggefallen ist. Dazu einige Beispiele:

<sup>1252</sup> Palandt-Diederichsen, § 1762, 2 u. 3

<sup>1253</sup> Staudinger-Schilken, vor §§ 164 ff, 40; Palandt-Heinrichs, vor § 164, 4

12.4.1 Die Bedeutung des § 1751 I 3 BGB n.F. beschränkt sich darauf, daß in denjenigen Fällen, in denen die bisherigen Pflegepersonen das Kind annehmen wollen, sie die gem. § 1630 III BGB n.F. auf sie übertragenen Befugnisse, die ihnen noch immer zustehen, ungeachtet der Einwilligung bzw. ihrer Ersetzung behalten. Will hingegen eine *andere Person* als die Pflegeeltern das *Kind adoptieren*, so enthält die Einwilligungserklärung der natürlichen Eltern bzw. die Ersetzung konkludent den Antrag, die auf § 1630 III BGB n.F. beruhende Pflegschaft aufzuheben. Weil das Kind gem. § 1744 BGB von den künftigen Adoptiveltern in Obhut genommen werden soll, fällt das Bedürfnis weg, die tägliche Betreuung durch die bisherigen Pflegepersonen zu erleichtern. Hierdurch ist einer der Anordnungsgründe im Sinn von § 1919 BGB entfallen. Sobald die Einwilligung wirksam erklärt oder ersetzt wurde, hat deshalb das *Vormundschaftsgericht* die Übertragung von Amts wegen aufzuheben.<sup>1254</sup>

12.4.2 Gleiches gilt in denjenigen Fällen, in denen an die Stelle des bisherigen alleinigen Sorgerechts eines biologischen Elternteils das gemeinsame Sorgerecht beider Eltern tritt. In diesen Fällen kommt es nicht zum Wechsel des Sorgerechtsinhabers, sondern nur zum *"Beitritt"* eines zusätzlichen Sorgerechtsinhabers ähnlich einem Parteibeitritt in einem Zivilprozeß.<sup>1255</sup> Hierzu zählen insbesondere die folgenden Fälle:

- Die nicht miteinander verheirateten leiblichen Eltern geben eine sogenannte Sorgeerklärung ab mit der Folge, daß den natürlichen Eltern das Sorgerecht gem. § 1626 a I, Nr. 1 BGB n.F. fortan gemeinsam zusteht.
- Die bislang nicht miteinander verheirateten Eltern heiraten einander, so daß sie von nun an ein gemeinsames Sorgerecht besitzen (§ 1626 a I, Nr. 2, HS 1 BGB n.F.)
- Der allein sorgeberechtigte leibliche Elternteil heiratet einen Dritten, der anschließend das Kind adoptiert. Das Kind erlangt dadurch die rechtliche Stellung eines gemeinsamen Kindes der Ehegatten (§ 1754 I, F. 2 BGB n.F.); das Sorgerecht steht dann den Eheleuten gemeinsam zu (§ 1626 I 1 BGB n.F.).

Aufgrund des nunmehrigen gemeinsamen Sorgerechts beider Eltern setzt eine Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB fortan entweder einen *gemeinsamen* Antrag oder eine gemeinsame Zustimmung beider Eltern oder einen Antrag oder eine Zustimmung desjenigen Elternteils voraus, dem das Familiengericht gem. § 1628 S. 1 BGB n.F. die Entscheidung in der betreffenden Angelegenheit übertragen hat. Unterbleibt ein solcher Antrag für längere Zeit nach dem Eintritt der gemeinschaftlichen Sorge, fällt eine der Voraussetzungen für eine Pflegerbestellung gem. § 1630 III BGB n.F. nachträglich weg, so daß einer der Anordnungsgründe im Sinn von § 1919 BGB entfällt

<sup>1254</sup>Staudinger-Frank, § 1751, 17

<sup>1255</sup>Knöringer, ZP, § 15, S. 214 ff

und die Pflegschaft daher gem. § 1919 BGB aufgehoben werden muß.

### 13. Die Rückübertragung von Amts wegen (§§ 1696, 1697 a BGB n.F.)

13.1 Über die abgehandelten Fälle hinaus hat das Gericht gem. § 1696 I BGB n.F. die Übertragung sorgerechthcher Befugnisse rückgängig zu machen, wenn das *Kindeswohl* dies gebietet. Wurden beide Pflegeelternteile zu Mitpflegern bestellt, kommt darüber hinaus meines Erachtens auch eine Rückgängigmachung der Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten auf einen Pflegeelternteil in Betracht mit der Folge, daß der andere *Pflegeelternteil zum alleinigen Pfleger* wird.

13.2 In gleicher Weise hat das Gericht die Pflegschaft gem. § 1696 I BGB n.F. aufzuheben, falls sich herausstellt, daß bereits im Zeitpunkt der Pflegerbestellung ein Grund dafür fehlte.

Vor dem Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes besaß das Gericht in solchen Fällen die Möglichkeit, die Pflegerbestellung gem. § 18 I, HS 1 FGG rückgängig zu machen,<sup>1256</sup> weil für die Entscheidung das Vormundschaftsgericht sachlich zuständig war.

Nunmehr handelt es sich bei einer Pflegerbestellung gem. § 1630 III BGB um eine sorgerechthche Entscheidung im Sinn von § 621 I, Nr. 1 ZPO n.F., die aufgrund der §§ 621 e, III 2, 577 III ZPO vom Familiengericht nicht gem. § 18 I, HS 1 FGG geändert werden darf.<sup>1257</sup> Dies bedeutet, daß mit dem Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes die Änderungsmöglichkeit gem. § 18 I, HS 1 FGG wegfiel.

Dennoch besteht nach wie vor ein praktisches Bedürfnis, Entscheidungen gem. § 1630 III BGB wegen einer *nachträglich erkannten ursprünglichen Unrichtigkeit* abzuändern, was nach altem Rechtszustand § 18 I, HS 1 FGG bezweckte. Dieses praktische Bedürfnis erfordert eine *korrigierende Auslegung* des § 1696 I BGB in dem Sinn, daß § 1696 I BGB nicht bloß in denjenigen Fällen Anwendung findet, in denen sich die tatsächlichen Verhältnisse geändert haben, sondern auch in denjenigen Fällen, in denen Umstände bekanntgeworden sind, die eine andere Beurteilung des Sachverhalts, auf dem die ursprüngliche Regelung basiert, geboten erscheinen lassen. Daher können im Rahmen eines Abänderungsverfahrens gem. § 1696 I BGB auch Tatsachen berücksichtigt werden, die zwar im Zeitpunkt der abzuändernden Entscheidung schon vorlagen, von denen das

<sup>1256</sup> Staudinger-Peschel.Gutzeit, § 1630, 16; BayObLGZ 21, 95; Palandt-Diederichsen, 56. Aufl. 1997, § 1696, 1

<sup>1257</sup> Staudinger-Coester, § 1696, 4; MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 1

Gericht aber noch keine Kenntnis hatte.<sup>1258</sup>

#### **14. Die Auswirkungen einer Beendigung der Familienpflege im Rahmen des § 1630 III BGB**

Kein Gesetz regelt, was bei einer Beendigung der Familienpflege infolge des Todes beider Pflegeeltern bzw. der alleinstehenden Pflegeperson oder des Wechsels der Pflegestelle oder der definitiven Rückkehr des Kindes zu seiner Herkunftsfamilie gelten soll. Nach den Grundsätzen der Kindeswohlgerechtigkeit und Zweckmäßigkeit auf der einen Seite und der Notwendigkeit eines Antrags oder einer Zustimmung der leiblichen Eltern auf der anderen Seite endet die Übertragung hier ohne weiteres, da der *Antrag* bzw. die *Zustimmung* der natürlichen Eltern diesen Fall nicht umfaßte: Der Antrag bezog sich ausschließlich auf die den Eltern bekannten, *namentlich bestimmten Pflegeeltern*, weil die leiblichen Eltern allein mit diesen übereinstimmten.<sup>1259</sup> Daher fallen in derartigen Fällen die auf die Pflegepersonen übertragenen sorgerechtlichen Befugnisse ipso iure auf die natürlichen Eltern zurück, *ohne* daß es einer *Rückübertragung* bedarf.

Weil der Antrag bzw. die Zustimmung der Eltern konkludent nur den Fall umfaßt, daß das Kind weiterhin in der betreffenden Pflegestelle lebt, tritt die Pflegerbestellung gar nicht erst ein, wenn das Kind schon zwischen der Antragstellung und der familiengerichtlichen Übertragung aus der Pflegestelle herausgenommen wird. Daher erübrigt sich auch in diesem Fall eine Rückübertragung.

#### **15. Die Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse von einer Pflegeperson direkt auf eine andere auf Antrag der leiblichen Eltern**

Wurde von einem Pflegeelternpaar nur ein Pflegeelternteil gem. § 1630 III BGB zum Pfleger bestellt und wünschen die natürlichen Eltern statt dessen die Bestellung des anderen Pflegeelternteils zum alleinigen Pfleger, können die biologischen Eltern einen Rückübertragungsantrag stellen und anschließend gem. § 1630 III 1 BGB n.F. die Übertragung der betreffenden Sorgerechtsangelegenheiten auf den anderen Pflegeelternteil beantragen. Gleiches gilt in ansonsten gleichgelagerten Fällen, wenn zur bisherigen alleinigen Pflegeperson, insbesondere durch deren Heirat, eine zweite Pflegeperson hinzukommt und die leiblichen Eltern möchten, daß die neue Pflegeperson anstelle der bisherigen Pflegeperson gem. § 1630 III BGB zum alleinigen Pfleger bestellt wird.

Die genannte Vorgehensweise erscheint *unnötig kompliziert*. Daher sollte man es meines

<sup>1258</sup> Staudinger-Coester, § 1696, 5; MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 1, Fn 4; BGH, NJW-RR 1986, 1130 ff

<sup>1259</sup> Staudinger-Peschel-Gutzeit, § 1630, 58

Erachtens zulassen, daß die natürlichen Eltern statt dessen die Übertragung der betreffenden sorgerechtlichen Befugnisse direkt von demjenigen Pflegeelternteil, dem diese bislang zustanden, auf den anderen Pflegeelternteil beantragen, um überflüssigen bürokratischen Aufwand zu vermeiden. Freilich darf die Prüfung, ob die beantragte Pflegerbestellung des anderen Pflegeelternteils dem *Kindesinteresse* dient, auch in einem solchen Fall nicht entfallen. Der vorgeschlagene Weg würde lediglich die Rückübertragung der betreffenden Sorgerechtsangelegenheiten auf die biologischen Eltern ersparen, das heißt den "Übertragungsweg" *abkürzen*.

## **16. Der Anspruch des Kindes auf die Rückübertragung sorgerechtlicher Befugnisse auf seine leiblichen Eltern**

Stellt das Kind einen Antrag auf Rückübertragung von Sorgerechtsangelegenheiten, fällt damit kein Anordnungsgrund für eine Pflegschaft im Sinn von § 1919 BGB weg,<sup>1260</sup> weil die Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB keine Zustimmung des Kindes erfordert. Daher ist die *Pflegschaft* allein wegen des vom Kind bei Gericht gestellten Antrags *nicht aufzuheben*.

Weil jedoch das Vormundschaftsgericht über die gesamte Tätigkeit des Pflegers die Aufsicht zu führen und gegen Pflichtwidrigkeiten durch geeignete Gebote und Verbote einzuschreiten hat (§ 1630 III BGB n.F., §§ 1915 I, 1837 II BGB), kann letztendlich ein Verfahren gem. § 1837 IV BGB in Gang kommen, bei dem das Kind gem. § 50 b FGG persönlich angehört wird.

## **17. Der Anspruch des Vormunds auf Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse auf sich**

Haben Eltern Angelegenheiten der elterlichen Sorge gem. § 1630 III BGB n.F. auf eine Pflegeperson übertragen und später in die Adoption des Kindes durch die Pflegeperson eingewilligt, so ruht die elterliche Sorge mit der Einwilligung (§ 1751 I 1 BGB n.F.). Solange die elterliche Sorge ruht, sind die Eltern nicht berechtigt, sie auszuüben (§ 1675 BGB). Da das Ruhen der elterlichen Sorge faktisch der Beendigung der elterlichen Sorge gleichsteht,<sup>1261</sup> wird eine Pflegschaft grundsätzlich mit der Beendigung der elterlichen Sorge beendet. Diesen Grundsatz durchbricht § 1751 I 3 BGB n.F. für den Fall der Einwilligung des Sorgeberechtigten in die Adoption, indem er erklärt, daß eine bestehende Pflegschaft unberührt bleibt. Solange die elterliche Einwilligung ihre Kraft besitzt, ist das Jugendamt Vormund (§ 1751 I 3 und III BGB n.F.), und den leiblichen Eltern steht kein Rückübertragungsanspruch zu. Das Recht und die Pflicht des Vormunds, für die Person

<sup>1260</sup>Windel, FamRZ 1997, 713, 722

<sup>1261</sup>Palandt-Diederichsen, § 1918, 1 und § 1882, 4

und das Vermögen des Mündels zu sorgen, erstreckt sich nicht auf Angelegenheiten des Mündels, für die ein Pfleger - hier: der Adoptionsbewerber - bestellt ist (§ 1794 BGB). Daher hat der *Vormund keinen Anspruch* auf die Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse. Eine Rückübertragung scheidet begrifflich aus, weil die dem Pfleger zustehenden sorgerechtlichen Befugnisse dem Vormund niemals zustanden.

#### **18. Die Vereinbarkeit von § 1630 III BGB n.F. mit dem Elterngrundrecht aus Art. 6 II 1 GG**

Da die Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten stets *mit dem Willen der natürlichen Eltern* erfolgt, *fehlt* es bereits an einem *Eingriff* in das Grundrecht aus Art. 6 II 1 GG; denn ein Eingriff in ein Grundrecht liegt nur bei einem staatlichen Verhalten vor, das dem einzelnen ein vom Schutzbereich des betreffenden Grundrechts erfaßtes Verhalten unmöglich macht.<sup>1262</sup> Da nach dem Wortlaut des § 1630 III BGB ein Verlust sorgerechtlicher Befugnisse in jedem Fall vom Willen des Inhabers der elterlichen Sorge gedeckt sein muß, greift § 1630 III BGB nicht in das Grundrecht aus Art. 6 II GG ein.

---

<sup>1262</sup>Pieroth/Schlink, Rnr 274, S. 65



## 19. Die Vereinbarkeit von § 1630 III BGB mit dem staatlichen Wächteramt aus Art. 6 II 2 GG

Das Wächteramt gem. Art. 6 II GG verpflichtet den Staat, einer mißbräuchlichen Ausübung des Elternrechts entgegenzuwirken.<sup>1263</sup> Mit dieser Pflicht steht § 1630 III BGB voll im Einklang. Denn in allen Verfahren gem. § 1630 III BGB verpflichtet § 1697 a BGB n.F. das zuständige Gericht zu derjenigen Entscheidung, die dem *Kindeswohl* am besten entspricht. Dies hat zur Folge, daß eine Übertragung sorgerechthlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB abgelehnt werden muß, wenn der Übertragungsantrag des Inhabers der elterlichen Sorge gem. § 1630 III 1 BGB n.F. oder die Zustimmung des Inhabers gem. § 1630 III 2 BGB n.F. eine mißbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge i.S.v. § 1666 I, F. 1 BGB n.F. darstellen.

## 20. Die Vereinbarkeit von § 1630 III BGB n.F. mit Art. 8 EMRK

Weil § 1630 III BGB eine Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten stets von einem entsprechenden Willen des Inhabers der elterlichen Sorge abhängig macht, *scheidet* in ähnlicher Weise wie im Rahmen des Art. 6 II GG bereits ein *Eingriff* in das Grundrecht aus Art. 8 EMRK *aus*.

## 21. Verfahrensrecht

### 21.1 Verfahrensfragen im Zusammenhang mit der Übertragung sorgerechthlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB n.F.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht bestehen Ähnlichkeiten zur Verbleibensanordnung gem. § 1632 IV BGB.

21.1.1 Seit dem 01.07.1998 ist für die Übertragung sorgerechthlicher Befugnisse statt wie bisher das Vormundschaftsgericht nun das *Familiengericht sachlich zuständig* (§ 1630 III 1 BGB n.F.; Art. 14 § 1 und Art. 15 § 1 Kindschaftsrechtsreformgesetz v. 04.12.1997;<sup>1264</sup> § 23 b I 2 Nr. 2 GVG n.F.). *Örtlich zuständig* ist das für den Wohnsitz des Kindes zuständige Gericht (§§ 620 I Nr. 1 ZPO n.F., 621 a I ZPO, 64 III 2 und 36 I 1 FG). Gem. § 14 I Nr. 6 a RPflG gilt für eine Entscheidung über die Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten der *Richtervorbehalt*.

21.1.2 Sorgerechthliche Befugnisse dürfen gem. § 1630 III 1 BGB sowohl auf Antrag der Eltern

<sup>1263</sup>Maunz-Dürig-Maunz, Art. 6, 26 d

<sup>1264</sup>BGBI 1997 I S. 2846

als auch neuerdings - zum Zweck, die praktische Bedeutung der Rechtsnorm zu steigern<sup>1265</sup> - auf Antrag der Pflegeperson übertragen werden. Weil es sich bei dem Antrag um eine unerläßliche Verfahrensvoraussetzung handelt, zählen die Verfahren gem. § 1630 III BGB zu den *reinen Antragsverfahren*.<sup>1266</sup> Das Antragsrecht bewirkt im Unterschied zur bloßen Möglichkeit, gerichtliche Maßnahmen anzuregen, daß die Pflegeeltern zu Beteiligten im formellen (verfahrensrechtlichen) Sinn werden, da ihre Teilnahme am Verfahren der Wahrnehmung sachlicher Interessen dient.<sup>1267</sup>

21.1.3 Auf der Rechtsstellung der *Pflegepersonen* als Verfahrensbeteiligte beruht eine Anzahl von *Rechten* aus § 621 a I ZPO n.F., und zwar:

das Recht, sich gem. § 90 ZPO eines Beistands zu bedienen,

das aus dem Grundsatz der Beteiligtenöffentlichkeit resultierende Recht, an mündlichen Verhandlungen im Rahmen der förmlichen Beweiserhebung teilzunehmen (§ 15 FGG),

das Recht auf Akteneinsicht (§ 34 FGG),

zusätzlich zu dem der Interessenwahrung ohnehin dienenden Antrags- bzw. Zustimmungserfordernis das Recht auf Anhörung im Rahmen des § 50 c FGG,

das Recht auf Bekanntgabe der gerichtlichen Entscheidung (§ 16 I FGG),

das Recht, ein Rechtsmittel<sup>1268</sup> in Form der *Beschwerde* gem. § 621 e I ZPO einzulegen. Die Beschwerdebefugnis der Pflegepersonen beruht im Fall der Ablehnung der Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse auf § 20 I und II FGG, der auch im Rahmen der Beschwerde gem. § 621 e I ZPO n.F. Anwendung findet<sup>1269</sup> (§ 621 a I ZPO n.F.); denn in allen reinen Antragsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit räumen § 20 I und II FGG sämtlichen *antragsberechtigten* Antragstellern eine Beschwerdebefugnis ein.<sup>1270</sup> Hierbei reicht es aus, wenn der Beschwerdeführer (hier: die Pflegeperson) in der ersten Instanz ein Antragsrecht besessen hätte, es aber nicht ausübte, sondern der Inhaber der elterlichen Sorge den Antrag stellte.<sup>1271</sup> Hinsichtlich der Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse steht den Pflegepersonen aufgrund des § 1630 III 1 BGB n.F. das für die Beschwerdebefugnis

<sup>1265</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 152

<sup>1266</sup> Knöringer, FGG, S. 39

<sup>1267</sup> Knöringer, FGG, S. 9

<sup>1268</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, 112

<sup>1269</sup> Thomas/Putzo, § 621 e, 6

<sup>1270</sup> Knöringer, FGG, S. 39

<sup>1271</sup> Gregor, Rnr 423, S. 86

erforderliche Antragsrecht zu. Die Anwendbarkeit des § 57 I FGG, die in Familiensachen im Sinn von § 621 a I 1 ZPO n.F. auch Personen, denen gem. § 20 FGG keine Beschwerdebefugnis zustehen würde, eine Beschwerdebefugnis im eigenen Namen einräumt,<sup>1272</sup> wird in reinen Antragsverfahren wie den Verfahren gem. § 1630 III BGB durch § 20 II FGG ausgeschlossen;<sup>1273</sup> denn gem. § 20 II FGG steht in reinen Antragsverfahren die Beschwerde "nur" dem Antragsteller zu. Diese gesetzgeberische Entscheidung würde ausgehebelt, wenn man zusätzlich zu dem Antragsteller noch weitere Personen mit einer Beschwerdebefugnis ausstatten würde.

21.1.4 In ähnlicher Weise wie im Rahmen des § 1632 IV BGB hat der Gesetzgeber *zugunsten des Kindes Rechte* vorgesehen, die die Rechte der Pflegeeltern berühren können:

In Verfahren gem. § 1630 III BGB wird das Gericht dem Kind gem. § 50 I und II Nr. 1 FGG n.F. einen *Verfahrenspfleger* bestellen, falls zwischen dem Kindesinteresse und dem Interesse seiner gesetzlichen Vertreter ein erheblicher Gegensatz besteht.

Betrifft die beantragte Übertragung Angelegenheiten der Personensorge, so hört das Gericht das Kind, das das 14. Lebensjahr vollendet hat und nicht geschäftsunfähig ist, gem. § 50 b II 1 FGG immer persönlich an. Eine persönliche *Anhörung des Kindes* soll gem. § 50 b II 2 1 FGG auch dann erfolgen, wenn die beantragte Übertragung ausschließlich Angelegenheiten der Vermögenssorge zum Gegenstand hat, soweit dies nach der Art der Angelegenheit ratsam erscheint.

Das Kind bzw. der Jugendliche besitzt *keine Beschwerdebefugnis*; denn § 20 I und II FGG räumen nur dem antragsberechtigten Antragsteller eine Beschwerdebefugnis ein. Da dem Kind im Verfahren gem. § 1630 III BGB kein Antragsrecht zusteht, fehlt ihm eine Beschwerdebefugnis. Hieran ändert auch § 59 FGG, der Minderjährigen unter Umständen eine Verfahrensfähigkeit verleiht, nichts, weil dieser eine Beschwerdebefugnis des Minderjährigen voraussetzt.<sup>1274</sup>

Da das Kind keine Beschwerdebefugnis besitzt, brauchen ihm gem. § 59 II FGG weder die Gerichtsentscheidung noch deren Begründung bekanntgegeben zu werden; denn § 59 II FGG normiert eine Pflicht zur Bekanntgabe der Gerichtsentscheidung und ihrer Begründung an das Kind nur, soweit diesem eine Beschwerdebefugnis zusteht.

21.1.5 Für das Verfahren selbst gilt gem. §§ 621 a I ZPO, 12 FGG der *Amtsermittlungs-*

<sup>1272</sup> Bumiller/Winkler, FGG, § 57, 1; Thomas/Putzo, § 621 e, 6

<sup>1273</sup> Bassenge/Herbst, § 57, 1; KG, OLGZ 1972, 107; BayObLG, FamRZ 1984, 935

<sup>1274</sup> Knöringer, FGG, S. 36

*grundsatz*, wobei die zentrale Verantwortung des Richters in der unverkürzten Ermittlung des individuellen Sachverhalts besteht.<sup>1275</sup> Daher muß das Gericht prüfen, ob sich die beantragte Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse mit dem Kindesinteresse verträgt. Im Rahmen dieser Prüfung besteht für das Familiengericht grundsätzlich die Pflicht, gem. § 49 a I Nr. 3 FGG n.F. (= § 49 I Nr. 1 lit. b FGG a.F.) das *Jugendamt* anzuhören. In Zweifelsfällen obliegt es meines Erachtens auch in Verfahren gem. § 1630 III BGB dem Richter, ein psychologisches oder psychiatrisches *Gutachten* darüber einzuholen, ob die beantragte Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten dem Kindesinteresse dient, jedoch nur dann, wenn die Angelegenheiten, deren Übertragung beantragt wurde, zumindest teilweise die Personensorge betreffen. Die Vereinbarkeit der beantragten Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse mit dem Kindesinteresse muß *zur vollen Überzeugung des Richters* feststehen, weil wie in sämtlichen Antragsverfahren in der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Anordnung lediglich dann ergehen darf, falls dem Antragsteller der Nachweis gelingt, daß deren materiell-rechtliche Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>1276</sup>

21.1.6 Soweit die beantragte Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse zumindest teilweise die Personensorge betrifft, soll das Gericht gem. § 52 FGG n.F. so früh wie möglich und in jeder Lage des Verfahrens ein *Einvernehmen* der Beteiligten anstreben und diese über bestehende *Beratungsmöglichkeiten* informieren.

21.1.7 Fraglich ist die Zulässigkeit *vorläufiger Anordnungen* in Verfahren gem. § 1630 III BGB, das heißt, in denjenigen Fällen, in denen zwar bereits sämtliche erforderlichen Anträge und Zustimmungen vorliegen, in denen jedoch noch nicht abschließend geprüft ist, ob die beantragte Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse dem Kindesinteresse dient.

Eine vorläufige (einstweilige) Anordnung setzt voraus, daß aufgrund der glaubhaft gemachten Tatsachen ein *unverzügliches Eingreifen dringend geboten* erscheint, so daß ein Zuwarten bis zu endgültigen Entscheidung nach abschließender Sachprüfung nicht verantwortet werden kann.<sup>1277</sup> Diese Voraussetzung ist in Verfahren gem. § 1630 III BGB regelmäßig nicht erfüllt. Denn weil die natürlichen Eltern den Pflegeeltern für die Zwischenzeit bis zur endgültigen Gerichtsentscheidung erzieherische Aufgaben durch schriftliche oder mündliche Vereinbarung zur Ausübung überlassen und entsprechende Vollmachten erteilen können,<sup>1278</sup> fehlt es in aller Regel an einem dringenden Bedürfnis für ein sofortiges gerichtliches Eingreifen. Daher halte ich vorläufige Anordnungen in Verfahren gem. §

---

<sup>1275</sup> Staudinger-Coester, § 1666, 56

<sup>1276</sup> Knöringer, FGG, S. 26/27

<sup>1277</sup> BayObLG, FamRZ 1988, 748; Knöringer, FGG, S. 35

<sup>1278</sup> Baer, FamRZ 1982, 221, 229

1630 III BGB grundsätzlich für nicht geboten.

21.1.8 Über die Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten gem. § 1630 III BGB wird gem. § 170 S. 1 GVG in einer nicht-öffentlichen Verhandlung entschieden. § 8 FGG, der die *Nichtöffentlichkeit der Verhandlung* dadurch normiert, daß er absichtlich davon absieht, auf § 169 GVG und sämtliche übrigen Rechtsnormen zu verweisen, die die Öffentlichkeit der Verhandlung vorsehen,<sup>1279</sup> ist gem. § 621 a I 2 ZPO nicht anwendbar.

21.1.9 Die antragsgebundene familiengerichtliche Übertragung von Angelegenheiten der elterlichen Sorge auf die Pflegeperson ist von Haus aus nur insoweit möglich, als zwischen den Eltern und der Pflegeperson Einvernehmen besteht. Daher ist der Bedarf für eine Aussetzung der Vollziehung gem. § 24 II FGG von vornherein ausgeschlossen.

Sollte der Inhaber der elterlichen Sorge oder die Pflegeperson den ursprünglichen Entschluß revidieren, müßte mittels eines Antrags auf Rückübertragung ein neues Verfahren in Gang gesetzt werden.

## 21.2 Verfahrensfragen im Zusammenhang mit der Rückübertragung sorgerechtllicher Befugnisse gem. § 1919 BGB

21.2.1 Für eine Rückübertragung sorgerechtllicher Befugnisse ist gem. § 1919 BGB unverändert das *Vormundschaftsgericht sachlich zuständig*.

Mangels einer besonderen gesetzlichen Regelung findet gem. § 1915 I BGB das für Vormundschaften geltende Verfahrensrecht auch auf Pflegschaften gem. § 1630 III BGB Anwendung.<sup>1280</sup> *Örtlich zuständig* ist gem. § 36 I 1 FGG das im Zeitpunkt der Rückübertragung für den Wohnsitz des Kindes zuständige Gericht.

Als Vormundschaftssache im Sinn von § 35 FGG gehört die Rückübertragung von Sorgerechtsangelegenheiten gem. § 1919 BGB zu den Vorbehaltssachen gem. § 3 Nr. 2 lit. a RPflG, die in die Zuständigkeit des Rechtspflegers fallen, es sei denn, es wäre einer der Richtervorbehalte in den §§ 14 bis 19 b RPflG einschlägig.<sup>1281</sup> Vorliegend greift keiner dieser Richtervorbehalte ein.<sup>1282</sup> - Eine entsprechende Anwendung eines Richtervorbehalts kommt nicht in Betracht, weil die zu den Vorbehaltssachen gehörenden Sachgebiete im Grundsatz dem Rechtspfleger übertragen wurden und folglich die Richtervorbehalte als Ausnahmenvorschriften eng ausgelegt werden müssen. Deshalb spricht die Vermutung für

<sup>1279</sup>Knöringer, FGG, S. 6

<sup>1280</sup>MüKo-BGB-Schwab, § 1915, 3 und 5

<sup>1281</sup>Bassenge/Herbst, § 3 RPflG, 3

<sup>1282</sup>Palandt-Diederichsen, 56. Aufl. 1997, § 1919, 1

die *Zuständigkeit des Rechtspflegers*.<sup>1283</sup> Somit darf die Rückübertragung sorgerechtlicher Befugnisse durch den Rechtspfleger erfolgen.

21.2.2 Die Pflegschaft ist von dem Vormundschaftsgericht aufzuheben, wenn der Grund für die Anordnung der Pflegschaft weggefallen ist (§ 1919 BGB). Der Grund für die Anordnung war ein Antrag verbunden mit der Zustimmung (§ 1630 III BGB n.F.). Fällt später - wie vorliegend - eine dieser beiden Voraussetzungen weg, hat das Gericht diese besondere Form der Pflegschaft aufzuheben. Antragsberechtigt sind sowohl die leiblichen Eltern als auch die Pflegeperson. Da es sich bei dem Antrag um eine unerläßliche Verfahrensvoraussetzung handelt, gehören die Verfahren gem. § 1919 BGB, soweit sie die Rückübertragung von gem. § 1630 III BGB übertragenen Sorgerechtsangelegenheiten betreffen, zu den reinen Antragsverfahren.<sup>1284</sup>

21.2.3 Lehnt das Gericht die beantragte Rückübertragung ab, steht sowohl den natürlichen Eltern als auch den Pflegeeltern die *Beschwerde gem. § 19 I FGG* als statthaftes Rechtsmittel zu. Denn die Ablehnung der Rückübertragung sorgerechtlicher Befugnisse berührt sowohl die biologischen Eltern als auch die Pflegepersonen als Antragsteller in ihren eigenen subjektiven Rechten, da sowohl die leiblichen Eltern als auch die Pflegeeltern einen Anspruch auf die Rückübertragung von Sorgerechtsangelegenheiten haben. Daher besitzen sowohl die Eltern als auch die Pflegepersonen im Fall der Ablehnung der Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse eine *Beschwerdebefugnis gem. § 20 FGG*.<sup>1285</sup>

21.2.4 Vergleicht man die Regelung, daß die Beschwerde der statthafte Rechtsbehelf ist, mit der Regelung, daß der Rechtspfleger funktionell zuständig ist, dann scheinen beide Regelungen nicht aufeinander abgestimmt zu sein, denn grundsätzlich ist gegen Entscheidungen eines Rechtspflegers (§ 9 RPflG) die Erinnerung und nicht die Beschwerde gegeben.

Die Befürchtung ist aber sowohl hinsichtlich des alten als auch hinsichtlich des neuen Rechtszustandes unbegründet.

§ 11 IV RPflG a.F. besagte, daß *auf die Erinnerung die Vorschriften über die Beschwerde sinngemäß anzuwenden* sind. Gem. § 11 II 1 RPflG a.F. konnte der Rechtspfleger der Erinnerung abhelfen oder, wenn er ihr nicht abhelfen konnte, diese dem Richter vorlegen. Der Richter entschied selbst über die Erinnerung, wenn er sie für zulässig und begründet hielt (§ 11 II 3 RPflG a.F.). Andernfalls legte der Richter die Erinnerung dem Rechtsmittelgericht vor. In diesem Fall *galt die Erinnerung als Beschwerde* gegen die Entschei-

<sup>1283</sup>Bassenge/Herbst, § 3 RPflG, 3; BayObLG, Rechtspfleger 1974, 328 u. 1982, 423

<sup>1284</sup>Knöringer, S. 39

<sup>1285</sup>Keidel/Kuntze/Winkler-Kahl, § 20, 7

dung des Rechtspflegers (§ 11 II 5 RPflG a.F.).

Seit dem 01.10.1998 ist gegen die Entscheidung des Rechtspflegers dasjenige Rechtsmittel gegeben, das nach den allgemeinen Vorschriften zulässig ist (§ 11 I 3 RPflG n.F.). Im Anwendungsbereich des FGG ist dies die Beschwerde (§ 19 I FGG).

21.2.5 Eine Anhörung des Jugendamts ist nicht zwingend. Zwar sieht § 49 FGG n.F. die Anhörung des Jugendamts in bestimmten vormundschaftsgerichtlichen Angelegenheiten zwingend vor; jedoch gehört die Rückübertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1919 BGB nicht zu diesen vormundschaftsgerichtlichen Angelegenheiten.

21.2.6 In ähnlicher Weise wie im Rahmen der Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten gem. § 1630 III BGB und wie im Rahmen des Erlassens einer Verbleibensanordnung gem. § 1632 IV BGB hat der Gesetzgeber *zugunsten des Kindes* verschiedene Rechte vorgesehen, die die Rechte der Pflegepersonen berühren können:

- In Verfahren gem. § 1919 BGB wird das Gericht dem Kind gem. § 50 I und II Nr. 1 FGG n.F. einen *Verfahrenspfleger* bestellen, wenn zwischen dem Kindesinteresse und dem Interesse seiner gesetzlichen Vertreter ein beträchtlicher Gegensatz besteht.
- Hat die beantragte Rückübertragung Angelegenheiten der Personensorge zum Gegenstand, so hört das *Gericht* das Kind, das das 14. Lebensjahr vollendet hat und nicht geschäftsunfähig ist, gem. § 50 b II 1 FGG stets persönlich an.

Gem. § 50 b II 2 FGG soll eine persönliche *Anhörung des Kindes* auch in denjenigen Fällen erfolgen, in denen die beantragte Rückübertragung allein Angelegenheiten der Vermögenssorge betrifft, falls dies nach der Art der Angelegenheit empfehlenswert erscheint.

Aus den gleichen Gründen wie im Verfahren gem. § 1630 III BGB brauchen dem Kind weder die gerichtliche Entscheidung noch deren Begründung gem. § 59 II FGG bekanntgegeben zu werden.

21.2.7 Der *Amtsermittlungsgrundsatz* gem. § 12 FGG findet auch auf das Rückübertragungsverfahren gem. § 1919 BGB Anwendung. In einem solchen Verfahren liegt die zentrale Verantwortung des Rechtspflegers in der vollständigen Ermittlung des betreffenden Sachverhalts. Deshalb muß das Gericht prüfen, ob die beantragte Rückübertragung von Sorgerechtsangelegenheiten das Kindeswohl i.S.v. § 1666 BGB gefährdet.

In Zweifelsfällen besteht meines Erachtens auch in Rückübertragungsverfahren gem. § 1919 BGB für den Rechtspfleger die Pflicht, ein psychologisches oder psychiatrisches

*Gutachten* einzuholen, ob die beantragte Rückübertragung von Sorgerechtsangelegenheiten das Kindeswohl gefährdet, allerdings lediglich in denjenigen Fällen, in denen die Angelegenheiten, deren Rückübertragung beantragt wurde, wenigstens partiell die Personensorge zum Gegenstand haben.

Da eine im Fall der Rückübertragung drohende Kindeswohlgefährdung i.S.v. § 1666 BGB die *Ausnahme* darstellt, weil das Kind, ungeachtet der Rückübertragung, in der Obhut der Pflegeeltern bleibt, muß der Rechtspfleger dem Rückübertragungsantrag auch dann stattgeben, wenn eine Kindeswohlgefährdung infolge der Rückübertragung nicht mit völliger Sicherheit ausgeschlossen werden kann.<sup>1286</sup>

21.2.8 Die Voraussetzungen für eine vorläufige Anordnung sind in Verfahren gem. § 1919 BGB, in denen der Inhaber der elterlichen Sorge die Rückübertragung der übertragenen sorgerechtlichen Befugnisse beantragt, unter Umständen erfüllt.

Eine *vorläufige (einstweilige) Anordnung* darf, obwohl abgesehen von hier nicht einschlägigen Ausnahmefällen ausdrückliche gesetzliche Regelungen fehlen, ergehen, falls aufgrund der glaubhaft gemachten Tatsachen, insbesondere wegen einer drohenden Gefährdung des Kindeswohls oder des Kindesvermögens, ein unverzügliches Einschreiten dringend geboten erscheint, weil ein Zuwarten bis zur endgültigen Entscheidung nach abschließender Sachprüfung nicht verantwortet werden kann.<sup>1287</sup> Daher kommt vor allem dann, wenn der Inhaber der elterlichen Sorge die Rückübertragung der übertragenen sorgerechtlichen Befugnisse beantragt, um eine drohende Gefahr für das Kindeswohl oder das Kindesvermögen abzuwenden, eine vorläufige Anordnung in Betracht.

21.2.9 Über die Rückübertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1919 BGB wird in einer nicht-öffentlichen Verhandlung entschieden. Die *Nichtöffentlichkeit des Verfahrens* beruht auf dem Fehlen einer Rechtsnorm, wonach die Verhandlungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit öffentlich zu führen seien.<sup>1288</sup>

Art. 6 I EMRK, der im Grundsatz vorschreibt, daß ein Gericht *öffentlich* über "zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen zu entscheiden" hat, findet auf Vormundschaftssachen, wie die Rückübertragung von Sorgerechtsangelegenheiten gem. § 1919 BGB, *keine* Anwendung.<sup>1289</sup> Denn in den Vormundschaftssachen wird anders als beispielsweise in den Wohnungseigentumssachen, die ebenfalls dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit

---

<sup>1286</sup>Knöringer, FGG, S. 27

<sup>1287</sup>BayObLG, FamRZ 1988, 748; Knöringer, FGG, S. 35

<sup>1288</sup>Keidel/Kuntze/Winkler, vor §§ 8 - 18, Fn 7; OLG München, DNotZ 1952, 34

<sup>1289</sup>Knöringer, FGG, S. 7



unterliegen, nicht über bürgerliche Rechte "entschieden".<sup>1290</sup>

21.2.1.0 Ein Sorgerechtsangelegenheiten übertragender Beschluß gem. § 1919 BGB legt anders als ein Herausgabebeschluß gem. § 1632 I BGB niemandem ein Tun, Dulden oder Unterlassen auf. Sollten die Eltern nach erfolgter Rückübertragung ihren Pflichten aus § 1626 BGB nicht nachkommen, müßten in einem neuen Verfahren Maßnahmen gem. §§ 1666 bis 1667 BGB angeordnet werden. Der Sorgerechtsangelegenheiten zurückübertragende Beschluß hat somit eine rein rechtsgestaltende Wirkung. Da ihm ein vollstreckungsfähiger Inhalt fehlt,<sup>1291</sup> bedarf er keiner Vollziehung. *Für eine Aussetzung der Vollziehung gem. § 24 II FGG besteht daher kein Raum.*

### 21.3 Weitere Verfahrensfragen

21.3.1 Im Fall der *Bestellung eines Pflegeelternpaares* zu Mitpflegern gelten folgende Besonderheiten:

- Gem. § 171 III, F. 1 ZPO genügt die Zustellung an *einen* Mitpfleger.
- Gem. § 58 I, F. 2 FGG besitzt jeder Mitpfleger ein selbständiges Beschwerderecht.
- Gem. §§ 46 II und III, 47 II und III FGG haben beide Mitpfleger das Recht, ihre Zustimmung zur Abgabe der Pflegschaft an ein anderes Gericht zu verweigern.<sup>1292</sup>

21.3.2 Die *Zustellung des Adoptionsbeschlusses* an die Annehmenden gem. § 56 e S. 2 FGG *bringt* gem. § 1918 I, F. 1 BGB eine für das Kind bestellte *Pflegschaft zum Erlöschen*. Denn gem. § 1918 I, F. 1 BGB endet eine für das Kind bestellte Pflegschaft mit der Beendigung der elterlichen Sorge. Die Beendigung der Sorgeberechtigung des bisher Sorgeberechtigten steht einer Beendigung der elterlichen Sorge als solcher gleich.<sup>1293</sup> Die elterliche Sorge des bisherigen Sorgeberechtigten erlischt gem. § 56 e S. 2 FGG mit der Zustellung des Annahmebeschlusses an die Annehmenden.<sup>1294</sup>

### 21.4 Verfahrensrechtliche Übergangsregelungen zu § 1630 III BGB

21.4.1 *Sachliche Zuständigkeit*: Vor dem 01.07.1998 war gem. § 1630 III 1 BGB a.F. das *Vormundschaftsgericht* für die Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse sachlich zuständig. Diese sachliche Zuständigkeit behält das Vormundschaftsgericht gem. Art. 15 § 1 I 1 KindRG i.V.m. § 621 I Nr. 1 ZPO n.F. hinsichtlich der am 01.07.1998 bei diesem anhängigen Verfahren. Hinsichtlich der am 01.07.1998 noch nicht anhängigen Verfahren ist das

<sup>1290</sup>Knöringer, FGG, S. 7; BayObLGZ 1964, 433

<sup>1291</sup>Thomas/Putzo, vor § 704, 3 und 21

<sup>1292</sup>Palandt-Diederichsen, § 1797, 1

<sup>1293</sup>Palandt-Diederichsen, § 1918, 1

<sup>1294</sup>Palandt-Diederichsen, § 1754, 3

*Familiengericht* gem. § 1630 III BGB n.F. sachlich zuständig.

21.4.2 *Örtliche Zuständigkeit*: Vor dem 01.07.1998 war gem. § 36 I 1 FGG das für den Wohnsitz des Kindes zuständige Gericht für Verfahren gem. § 1630 III BGB örtlich zuständig. Durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz wurden die Verfahren gem. § 1630 III BGB zu Familiensachen i.S.v. § 621 I Nr. 1 ZPO n.F. Jedoch änderte die Novelle nichts an der örtlichen Zuständigkeit, da § 36 I 1 FGG in Verfahren gem. § 1630 III BGB kraft Verweisung gem. §§ 621 I Nr. 1 ZPO n.F., 621 a I 1 ZPO n.F., 621 a I 2 ZPO, 64 III 2 FGG und § 1915 I BGB weiterhin Anwendung findet. Mangels einer besonderen gesetzlichen Regelung verweist nämlich § 1915 I BGB auch hinsichtlich Pflegschaften gem. § 1630 III BGB auf das für Vormundschaften geltende Verfahrensrecht.<sup>1295</sup> Daher bedurfte es keiner Übergangsregelung hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit für Verfahren gem. § 1630 III BGB.

21.4.3 Verwendung von Richtern auf Probe im ersten Jahr nach ihrer Ernennung: Vor dem 01.07.1998 durfte auch ein *Richter auf Probe* im ersten Jahr nach seiner Ernennung in Verfahren gem. § 1630 III BGB tätig werden. Denn § 23 b III 2 GVG, wonach ein Richter auf Probe im ersten Jahr nach seiner Ernennung Geschäfte des Familienrichters nicht wahrnehmen darf, fand auf Verfahren gem. § 1630 III BGB keine Anwendung, weil diese vor dem 01.07.1998 nicht zu den Familiensachen i.S.v. § 23 b I 2 GVG a.F., sondern zu den Vormundschaftssachen gehörten. Hingegen darf ein Richter auf Probe im ersten Jahr nach seiner Ernennung in Verfahren gem. § 1630 III BGB, die nach dem 01.07.1998 in der ersten Instanz anhängig wurden, nicht mehr tätig werden, da diese nunmehr zu den Familiensachen i.S.v. § 23 b I 2 Nr. 2 GVG n.F. zählen. Etwas anderes gilt gem. Art. 15 § 1 I 2 KindRG hinsichtlich der am 01.07.1998 in der ersten Instanz anhängigen Verfahren: In diesen Verfahren darf auch ein Richter auf Probe im ersten Jahr nach seiner Ernennung weiterhin tätig werden.

21.4.4 *Zulässigkeit* von Rechtsmitteln und *Zuständigkeit* für die Verhandlung und Entscheidung über Rechtsmittel in Verfahren gem. § 1630 III BGB: Diese hängt gem. Art. 15 § 1 II KindRG davon ab, ob die erstinstanzliche Entscheidung bis zum 30.06.1998 oder danach bekanntgemacht wurde:

21.4.4.1 Wurde die erstinstanzliche Entscheidung *vor* dem 01.07.1998 bekanntgemacht, richten sich die Zulässigkeit von Rechtsmitteln und die Zuständigkeit für die Verhandlung und Entscheidung über Rechtsmittel in Verfahren gem. § 1630 III BGB gem. Art. 15 § 1 II 1 und 2 KindRG nach dem bisherigen Rechtszustand. Dies bedeutet im einzelnen:

---

<sup>1295</sup>MüKo-BGB-Schwab, § 1915, 3 und 5

- An Rechtsmitteln stehen die Beschwerde gem. § 19 I FGG und die weitere Beschwerde gem. § 27 I 1 FGG zur Verfügung.
- Die Beschwerde gem. § 19 I FGG darf sich gem. § 20 a I 1 FGG nicht allein gegen die Kostenentscheidung richten, es sei denn, es erging in der Hauptsache keine Entscheidung und der Wert des Beschwerdegegenstands übersteigt 200,-- DM (§ 20 a II FGG).
- Die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde setzt gem. § 27 I 1 FGG voraus, daß die angefochtene Entscheidung auf einer Gesetzesverletzung beruht. In dieser Hinsicht bestehen Ähnlichkeiten zu § 549 I ZPO, der sich mit der Zulässigkeit einer zivilprozessualen Revision befaßt.
- Über die Beschwerde gem. § 19 I FGG entscheidet gem. § 19 II FGG das *Landesgericht*.
- Die Beschwerde gem. § 19 I FGG kann gem. § 21 I FGG alternativ bei dem Gericht, das in erster Instanz entschieden hat, oder bei dem Beschwerdegericht eingelegt werden.
- Für die Einlegung der Beschwerde stehen gem. § 21 II FGG drei verschiedene Formen zur Verfügung: die Einreichung einer Beschwerdeschrift, die Einlegung zu Protokoll der Geschäftsstelle des Gerichts, dessen Verfügung angefochten wird, und die Einlegung zu Protokoll der Geschäftsstelle des Beschwerdegerichts.
- Über die weitere Beschwerde entscheidet gem. § 28 I FGG das Oberlandesgericht bzw. in Bayern gem. § 199 FGG, Art. 11 III Nr. 1 AGGVG das *Bayerische Oberste Landesgericht*.
- Die weitere Beschwerde kann gem. § 29 I 1 FGG bei drei verschiedenen Gerichten eingelegt werden; bei dem Gericht erster Instanz, bei dem Landgericht sowie in Bayern bei dem Bayerischen Obersten Landesgericht und außerhalb Bayerns bei dem Oberlandesgericht.
- Bei jedem dieser drei Gerichte hat ein Beschwerdeführer gem. §§ 29 IV, 21 II FGG die Wahl zwischen der Einlegung zu Protokoll der Geschäftsstelle des betreffenden Gerichts und der Einreichung einer Beschwerdeschrift. Entscheidet er sich für letztere Form, muß die Beschwerdeschrift gem. § 29 I 2 FGG von einem *Rechtsanwalt* unterzeichnet sein.
- Da Entscheidungen in Verfahren gem. § 1630 III BGB nicht in den Katalog der der fristgebundenen sofortigen Beschwerde i.S.v. § 22 I 1 FGG unterliegenden Vormundschaftssachen gem. § 60 FGG fallen, braucht weder für die Beschwerde noch für die weitere Beschwerde eine Rechtsmittelfrist beachtet zu werden. Daher sind beide Rechtsmittel in den Grenzen der Verwirkung (§ 242 BGB) zeitlich unbeschränkt zulässig.

21.4.4.2 Wurde dagegen die erstinstanzliche Entscheidung erst *nach* dem 30.06.1998 bekanntgemacht, bestimmen sich die *Zulässigkeit* von Rechtsmitteln und die *Zuständigkeit* für die Verhandlung und Entscheidung über Rechtsmittel in Verfahren gem. § 1630 III BGB gem. Art. 15 § 1 II 3 KindRG nach den Rechtsnormen, die für die von den Familiengerichten entschiedenen Sachen gelten.

Im einzelnen bedeutet dies:

- An Rechtsmitteln stehen die Beschwerde gem. § 621 e I ZPO n.F. i.V.m. § 621 I Nr. 1 ZPO n.F. und die weitere Beschwerde gem. § 621 e II 1 ZPO n.F. i.V.m. § 621 I Nr. 1 ZPO n.F. zur Verfügung.
- Die Beschwerde gem. § 621 e I ZPO n.F. i.V.m. § 621 I Nr. 1 ZPO n.F. muß anders als die Beschwerde gem. § 19 I FGG gem. §§ 621 e III 2, 516 ZPO innerhalb einer *Notfrist* (§ 224 I 2 ZPO) von einem Monat eingelegt werden.
- Hinsichtlich der Form der Einlegung der Beschwerde hat ein Beschwerdeführer im Unterschied zum bisherigen Rechtszustand keine Wahlmöglichkeiten; denn er muß die Beschwerde gem. § 621 e III 1 ZPO durch die Einreichung einer *Beschwerdeschrift bei dem Beschwerdegericht einlegen*.
- Der Beschwerdeführer hat die Beschwerde gem. §§ 621 e III 2, 519 I ZPO im Unterschied zur Beschwerde gem. § 19 I FGG zu begründen.
- Gem. §§ 621 e III 2, 519 a ZPO müssen die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung dem Antragsgegner zugestellt werden.
- Die weitere Beschwerde bedarf gem. § 621 e II 1 ZPO n.F. regelmäßig der *Zulassung durch das Oberlandesgericht*, deren Voraussetzungen sich gem. § 621 e II 1, HS 2 ZPO n.F. nach den Voraussetzungen für die Zulassung einer zivilprozessualen Revision gem. § 546 I 2 ZPO richten und an die das Gericht der weiteren Beschwerde gem. § 621 e II 1, HS 2 ZPO n.F. i.V.m. § 546 I 3 ZPO gebunden ist. Eine Ausnahme gilt lediglich in ähnlicher Weise wie im Rahmen der zivilprozessualen Revision gem. § 547 ZPO gem. § 621 e II 2 ZPO in denjenigen Fällen, in denen das Oberlandesgericht die Beschwerde als unzulässig verworfen hat.

Hingegen hängt die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde in der freiwilligen Gerichtbarkeit von keiner Zulassung ab.

- Ebenso wie die weitere Beschwerde in der freiwilligen Gerichtsbarkeit gem. § 27 I 1 FGG kann die weitere Beschwerde gem. § 621 e II 3 ZPO lediglich darauf gestützt werden, daß die angefochtene Entscheidung auf einer Gesetzesverletzung beruht.
- Die Frist zur Einlegung der weiteren Beschwerde beträgt gem. §§ 621 e III 2, 552 ZPO ebenfalls *einen Monat*. Auch diese Rechtsmittelfrist steht im Gegensatz zur fehlenden Fristgebundenheit der weiteren Beschwerde gem. § 27 I 1 FGG.
- Auch die weitere Beschwerde muß gem. §§ 621 e III 2, 554 I ZPO, anders als die weitere Beschwerde in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, begründet werden.
- Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen gem. §§ 621 e III 2, 554 V, 553 II 1 ZPO auch im Verfahren der weiteren Beschwerde dem Antragsgegner zugestellt werden.
- Das Gericht, dessen Entscheidung der Beschwerde unterliegt, darf diese gem. §§ 621 e III 2, 577 III ZPO im Unterschied zum bisherigen Rechtszustand<sup>1296</sup> nicht selbst abändern. Dies bedeutet, daß das Gericht *kein Änderungsrecht* gem. § 18 I, HS 1 FGG besitzt.

<sup>1296</sup>Palandt-Diederichsen, 56. Aufl. 1997, § 1696, 1

- Anders als für die Beschwerde gem. § 19 I FGG ist für die Beschwerde gem. § 621 e I ZPO n.F. das *Oberlandesgericht* zuständig (§ 119 I Nr. 2 GVG n.F.).
- Im Unterschied zur weiteren Beschwerde gem. § 27 I 1 FGG entscheidet der *Bundesgerichtshof* gem. § 133 Nr. 2, F. 4 GVG über die weitere Beschwerde gem. § 621 e II 1 ZPO n.F. Eine Ausnahme hiervon macht § 7 VI EGZPO in Bayern in denjenigen Fällen, in denen die Beschwerde als *unzulässig verworfen* wurde; in diesen Fällen muß die Beschwerde beim *Bayerischen Obersten Landesgericht* eingelegt werden.<sup>1297</sup>
- Für die weitere Beschwerde besteht gem. § 78 II 1 Nr. 3 ZPO n.F. im Unterschied zur weiteren Beschwerde in der freiwilligen Gerichtsbarkeit *Anwaltszwang*.

21.4.5 Sonstiges Verfahrensrecht: Nach dem bisherigen Rechtszustand wurde in Verfahren gem. § 1630 III BGB in verfahrensrechtlicher Hinsicht ausschließlich das FGG angewendet. Seit dem 01.07.1998 gilt in verfahrensrechtlicher Hinsicht in Verfahren gem. § 1630 III BGB, § 621 a I ZPO n.F., § 621 a I 1 ZPO n.F. erklärt für Verfahren gem. § 1630 III BGB grundsätzlich das FGG für anwendbar; jedoch treten gem. § 621 a I 2 ZPO an die Stelle einiger Paragraphen des FGG die für streitige Zivilsachen geltenden Rechtsnormen, von denen sich aber nur wenige in der Praxis auswirken. Im einzelnen bedeutet dies:

- Die Voraussetzungen für den Ausschluß von Richtern kraft Gesetzes sind gem. § 6 FGG enger als die Voraussetzungen für den Ausschluß von Richtern in einem Zivilprozeß kraft Gesetzes gem. § 41 ZPO. Dies hat zur Folge, daß ein *Richter* in Verfahren gem. § 1630 III BGB anders als in anderen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht entscheiden darf, wenn er in der gleichen Sache als *Zeuge oder Sachverständiger* vernommen wurde (§ 41 Nr. 5 ZPO) oder in der gleichen Sache bereits *in einer früheren Instanz mitwirkte* (§ 41 Nr. 6 ZPO).
- Ein Richter darf gem. § 42 ZPO von jedem Beteiligten wegen *Besorgnis der Befangenheit* abgelehnt werden, während sich ein Richter in anderen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gem. § 6 II FGG lediglich selbst wegen Befangenheit der Ausübung seines Amtes enthalten darf.
- Die Beteiligten dürfen sich in Verfahren der *weiteren Beschwerde* anders als bisher gem. § 13 S. 1 FGG *keines* Beistands mehr bedienen. Denn § 90 I ZPO gestattet den Beteiligten nur in zivilprozessualen Verfahren *ohne* Anwaltszwang, mit einem Beistand zu erscheinen,<sup>1298</sup> also nicht in Verfahren der weiteren Beschwerde gem. § 621 e II, Nr. 1 ZPO n.F., in dem gem. § 78 II 1 Nr. 3 ZPO n.F. Anwaltszwang herrscht.
- Eine schriftliche Bevollmächtigung muß zwar anders als in anderen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gem. § 80 I ZPO kraft Gesetzes nachgewiesen werden. Jedoch darf das Gericht nur auf Antrag des anderen Beteiligten in Abweichung von § 13 S. 3 FGG

<sup>1297</sup>Thomas/Putzo, § 621 e, 17

<sup>1298</sup>Thomas/Putzo, § 90, 1

gem. § 80 II 1 ZPO die öffentliche Beglaubigung der Vollmacht verlangen, während dem anderen Beteiligten abweichend von § 13 S. 3 FGG das Recht, selbst die öffentliche Beglaubigung zu verlangen, gänzlich fehlt.

- Alle Handlungen eines Beteiligten, die einen Antrag enthalten, bedürfen der Zustellung,<sup>1299</sup> während in anderen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine gerichtliche Verfügung gem. § 16 II 1, HS 1 FGG nur dann zugestellt zu werden braucht, wenn mit der Bekanntmachung eine Frist in Lauf gesetzt wird. Aufgrund der *Zustellungspflicht* darf auch einem Anwesenden, anders als in anderen Verfahren, der freiwilligen Gerichtsbarkeit gem. § 16 III 1 FGG eine Verfügung nicht zu Protokoll bekanntgemacht werden.

21.4.6 Das *erstinstanzliche Verfahren* richtet sich gem. Art. 15 § 1 III, HS 1 KindRG noch nach dem alten Rechtszustand, soweit es am 01.07.1998 bereits anhängig war; die Verweisung auf § 49 a I, Nr. 3 FGG (Pflicht zur Anhörung des Jugendamts durch das Familiengericht) in Art. 15 § 1 III, HS 2 KindRG hat nur redaktionelle Bedeutung, da bereits das vor dem 01.07.1998 geltende Recht in § 49 I Nr. 1 b FGG a.F. das Vormundschaftsgericht zur Anhörung des Jugendamts verpflichtete.

Das *Verfahren* in den Rechtsmittelinstanzen bestimmt sich gem. Art. 15 § 1 III, HS 1 i.V.m. Abs. II 1 und 2 KindRG ebenfalls nach dem alten Rechtszustand, wenn die erstinstanzliche Entscheidung vor dem 01.07.1998 i.S.v. § 16 FGG bekanntgemacht wurde.

Wurde hingegen die erstinstanzliche Entscheidung erst nach dem 30.06.1998 bekanntgemacht, richtet sich das Verfahren in den Rechtsmittelinstanzen voll nach dem neuen Rechtszustand.

---

<sup>1299</sup>Jauernig, § 79 I, S. 290

## **E. Die Abänderung, Aufhebung und Übertragung sorgerechtlicher Entscheidungen gem. § 1696 BGB n.F.**

### **1. Die Änderung des § 1696 BGB durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz**

1.1. § 1696 BGB n.F. ändert § 1696 a.F. in der Weise ab, wie er bereits bislang allgemein von der Rechtsprechung und Lehre interpretiert wurde, um in Zukunft Mißverständnisse zu verhindern.

Gem. § 1696 I BGB a.F. durften gerichtliche Entscheidungen *jederzeit* abgeändert werden, falls das zuständige Gericht dies im Interesse des Kindes für geboten hielt. Der Wortlaut der Rechtsnorm verursachte das Mißverständnis, daß Entscheidungen hinsichtlich des Sorge- und Umgangsrechts überaus leicht abgeändert werden dürften, was bei den Betroffenen oftmals zu unberechtigten Erwartungen führte. Nach unbestrittener Ansicht in Rechtsprechung und Lehre durfte § 1696 I BGB a.F. kein beliebiges Wiederaufrollen von Verfahren zur Folge haben;<sup>1300</sup> denn § 1696 I BGB a.F. bezweckte nicht die erneute Überprüfung einer Sorge- oder Umgangsrechtsentscheidung nach der Ausschöpfung des Rechtswegs, sondern die *Anpassung an veränderte Umstände*. Daher kommt die Abänderung einer formell rechtskräftigen Sorgerechtsregelung lediglich dann in Betracht, wenn Tatsachen, die nach dem Erlaß der abzuändernden Entscheidung eingetreten oder bekannt geworden sind, geltend gemacht werden.

Hierbei muß es sich um *gewichtige* Gründe in der Form von Änderungen tatsächlicher oder rechtlicher Art unter dem Aspekt des Kindeswohls handeln, die das Kindeswohl nachhaltig berühren und die für die bestehende Regelung maßgeblichen Gesichtspunkte beträchtlich überwiegen.<sup>1301</sup> Als Abänderungsgrund i.S.v. § 1696 I BGB kommt beispielsweise auch eine *Entscheidung des BVerfG* in Betracht.<sup>1302</sup> Auch neue Umstände, zum Beispiel eine *ansteckende Krankheit*, können eine Abänderung erfordern.<sup>1303</sup>

Bei der Interpretation des Begriffs "*triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe*" in § 1696 I BGB n.F. gelten im wesentlichen die gleichen Maßstäbe wie diejenigen, von denen es abhängt, ob eine Abweichung vom gemeinsamen Elternvorschlag zum Sorgerecht nach der Scheidung im Sinn von § 1671 III BGB a.F. "erforderlich" ist.<sup>1304</sup> Die triftigen und das Kindeswohl nachhaltig berührenden Gründe müssen so gewichtig

<sup>1300</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 109

<sup>1301</sup> OLG Bamberg, FamRZ 1990, 1135, 1136; Staudinger-Coester, § 1696, 64

<sup>1302</sup> Palandt-Diederichsen, § 1696, 25; KG, FamRZ 1983, 1055

<sup>1303</sup> Palandt-Diederichsen, § 1696, 26; OLG Hamm ZfJ 1955, 138

<sup>1304</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 4, Fn 10; OLG Hamburg, FamRZ 1982, 532; OLG Hamm, FamRZ 1968, 530 ff

sein, daß sie die mit einem Wechsel in der Erziehung und generell in den Lebensumständen regelmäßig verbundenen Nachteile überwiegen,<sup>1305</sup> bzw. schwerer wiegen als die für die sorge-rechtliche Regelung maßgeblichen Aspekte.<sup>1306</sup>

Das Prinzip der *Kontinuität in der Erziehung* stellt danach die bedeutsamste Beschränkung der Änderungskompetenz dar.<sup>1307</sup> Da im Rahmen des § 1696 I BGB schon bisher der Aspekt der Erziehungskontinuität berücksichtigt werden mußte, kam eine Änderung bereits bislang lediglich dann in Betracht, falls sie "aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen" erforderlich war. Zwecks Verhinderung von Mißverständnissen bot es sich an, den Wortlaut der Rechtsnorm an die von Rechtsprechung und Lehre verwandten Formulierungen anzupassen. Diese konnten unverändert übernommen werden, weil sie Begriffe verwendeten, die im BGB schon zuvor gebraucht wurden, beispielsweise "triftig" in § 1746 III BGB a.F., "nachhaltig" in § 1631 a II 1 BGB, "berührend" in § 1298 I 2 BGB.<sup>1308</sup>

Die Entscheidung gem. § 1696 I BGB hat sich ausschließlich am Kindeswohl und nicht an den Interessen der Eltern zu orientieren.<sup>1309</sup> Daher darf die aus der Sicht des Kindeswohls zu fallende Entscheidung *nicht* dazu gebraucht werden, begangene *Rechtsverletzungen zu heilen*, es sei denn, es wird damit zugleich dem Kindeswohl gedient.<sup>1310</sup>

1.2 Daneben war auch in einem weiteren Punkt eine Anpassung geboten: § 1696 I BGB a.F. sprach davon, daß gerichtliche Entscheidungen geändert werden "*können*". Das Kindeswohl nachhaltig berührende Entscheidungen dürfen jedoch nicht im Belieben des Gerichts stehen. Daher *mußten* die zuständigen Gerichte nach unbestrittener Ansicht bereits bisher ihre Anordnungen ändern, falls die Voraussetzungen des § 1696 I BGB vorlagen.<sup>1311</sup> Nunmehr stellt § 1696 I BGB n.F. ausdrücklich klar, daß die Gerichte ihre Anordnungen "*zu ändern haben*", falls die Voraussetzungen des § 1696 I BGB erfüllt sind.

Bezüglich des fehlenden Ermessens ungeachtet des Wortes "kann" im Text des § 1696 I BGB a.F. bestanden Parallelen zu §§ 1630 III und 1632 IV BGB; denn obwohl diese Rechtsnormen davon sprachen, daß das Gericht Angelegenheiten der elterlichen Sorge auf die Pflegeeltern übertragen "kann" (§ 1630 III BGB) bzw. den Verbleib des Kindes in der

<sup>1305</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 4, Fn 11; OLG Stuttgart, NJW 1985, 67 und FamRZ 1978, 827 ff; BayObLG, FamRZ 1976, 38 ff; OLG Hamm, FamRZ 1968, 530 ff

<sup>1306</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 4; OLG Bamberg, FamRZ 1990, 1135 ff

<sup>1307</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 4 a

<sup>1308</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 109

<sup>1309</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 4 a, Fn 12 a; OLG Hamm, FamRZ 1988, 1313 ff und DAV 1984, 918 ff

<sup>1310</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 4 a, Fn 12 b; OLG Bamberg, FamRZ 1987, 185, 187

<sup>1311</sup> BT-Drucksache, 13/4899, S. 109



Pflegestelle anordnen "kann" (§ 1632 IV BGB), handelte es sich bei diesen Normen ebenfalls nicht um Ermessensnormen, weil die Gerichte bei Vorliegen der Voraussetzungen zum Handeln verpflichtet waren.<sup>1312</sup>

1.3 Des weiteren war die in § 1696 I BGB a.F. enthaltene Formulierung "*während der Dauer der elterlichen Sorge*" zum Teil überflüssig und zum Teil mißverständlich.

Soweit diese Formulierung bedeutete, daß eine Änderungsmöglichkeit mit dem Erlöschen des Sorgerechts infolge der *Volljährigkeit* oder des *Todes des Kindes* endet, brachte sie eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck.

Daß § 1696 BGB lediglich für Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts oder des Familiengerichts im Rahmen des Fünften Titels des Zweiten Abschnitts des Vierten Buchs (§§ 1626 - 1698 b BGB), nicht jedoch für sonstige Entscheidungen wie zum Beispiel den Scheidungsanspruch oder Verfügungen nach dem Betreuungsrecht gilt, ergibt sich bereits aus der Stellung der Rechtsnorm und braucht nicht gesondert erwähnt zu werden.

Soweit § 1696 BGB a.F. den Eindruck erweckte, daß er in keinem Fall anwendbar sei, falls das Sorgerecht einem *Vormund* zusteht, war § 1696 a.F. zumindest mißverständlich formuliert. Denn bereits vor dem Kindschaftsrechtsreformgesetz besaßen die leiblichen Eltern auch in denjenigen Fällen, in denen das Sorgerecht einem Vormund zustand, im Grundsatz ein Umgangsrecht (§ 1634 I 1 BGB a.F.);<sup>1313</sup> nunmehr spielt es im Rahmen des Umgangsrechts der natürlichen Eltern (§ 1684 BGB n.F.) keine Rolle mehr, wem das Sorgerecht zusteht.<sup>1314</sup> Die Änderung einer entsprechenden Umgangsentscheidung fällt unverändert in den Anwendungsbereich des § 1696 I BGB.

Das in § 1696 I BGB a.F. enthaltene Wort "*jederzeit*" wurde gestrichen, da es in zeitlicher Hinsicht keine Schranke normierte und sich deshalb als überflüssig erwiesen hatte.

Schließlich beruht die nunmehr fehlende Erwähnung des § 1671 V BGB im Rahmen des § 1696 II und III BGB n.F. als Folgeänderung auf dem *Wegfall des § 1671 V BGB*.<sup>1315</sup>

## 2. Der Anwendungsbereich des § 1696 I BGB n.F.

Das Vormundschaftsgericht und das Familiengericht haben ihre Anordnungen zu ändern, wenn dies aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen angezeigt

---

<sup>1312</sup>Staudinger-Salgo, § 1632, 81

<sup>1313</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 109

<sup>1314</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 105

<sup>1315</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 109

ist. § 1696 I BGB findet demnach Anwendung auf Entscheidungen im Rahmen der §§ 1626 - 1698 b BGB, die in die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts oder des Familiengerichts fallen.<sup>1316</sup> Obwohl aufgrund des Kindschaftsrechtsreformgesetzes ab 01.07.1998 sämtliche Abänderungszuständigkeiten auf dem Gebiet der §§ 1626 - 1698 b BGB auf das Familiengericht übergegangen sind, spricht § 1696 I BGB nach wie vor davon, daß das Vormundschaftsgericht und das Familiengericht "*ihre Anordnungen*" unter bestimmten Voraussetzungen zu ändern haben. Daraus folgt, daß in denjenigen Fällen, in denen vor dem 01.07.1998 aufgrund des damaligen Rechtszustands das Vormundschaftsgericht eine Entscheidung fällte, das *Vormundschaftsgericht seine Abänderungszuständigkeit* gem. § 1696 I BGB *behält*, auch wenn sich die Zuständigkeit in Verfahren gem. § 1696 BGB ansonsten unabhängig von der abzuändernden Entscheidung bestimmt.<sup>1317</sup> Wegen der Änderung der sachlichen Zuständigkeit könnte allerdings einmal der Satzteil "*Das Vormundschaftsgericht*" durch Zeitablauf gegenstandslos werden.

In Bezug auf Pflegeverhältnisse kommen in erster Linie die Abänderung der Übertragung sorgerechthlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB,<sup>1318</sup> die Abänderung von Verbleibensanordnungen gem. § 1632 IV BGB sowie die Änderung der Regelung des Umgangsrechts gem. § 1684 III 1 BGB n.F. und gem. §§ 1685 III, 1684 III 1 BGB n.F. in ähnlicher Weise wie bisher eine Änderung des Umgangsrechts gem. § 1634 III 1, HS 1 BGB a.F.<sup>1319</sup> in Betracht.<sup>1320</sup> Es muß sich aber um *endgültige Entscheidungen* handeln, da die Änderung einstweiliger oder vorläufiger Maßnahmen gemäß oder analog § 620 ZPO nach eigenständigen Prinzipien erfolgt.<sup>1321</sup>

§ 1696 I BGB n.F. erlaubt eine Änderung aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen. Unter dem Begriff "Wohl des Kindes" fällt zwar gem. § 1666 I BGB n.F. nur das körperliche, geistige und sittliche Wohl. Als Gefährdung des Kindeswohls zählt die Rechtsnorm aber auch zusätzlich noch die Gefährdung des Kindesvermögens auf. § 1626 I 2 BGB n.F. unterscheidet zwischen Personen- und Vermögenssorge. Der bis zum 30.06.1998 geltende § 1671 V BGB regelte die Übertragung sowohl der Personensorge als auch der Vermögenssorge, um eine Gefahr für das Kindeswohl abzuwenden. Daraus ergibt sich, daß der Gesetzgeber offenbar zwischen Kindeswohl im engeren und im weiteren Sinn unterscheidet. Demnach müßte es wohl auch möglich sein, § 1696 I BGB n.F. dann *analog* anzuwenden, wenn *Kindesvermögen* (und damit das Wohl des Kindes) durch das Verhalten der Pflegeperson gefährdet würde. Denn

<sup>1316</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 109

<sup>1317</sup> BGHZ 21, 315; BayObLG, FamRZ 1964, 640; a.A. Palandt-Diederichsen, § 1696, 30, 31

<sup>1318</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1630, 24

<sup>1319</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 7, Fn 18; BayObLG, FamRZ 1982, 958 ff

<sup>1320</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 109

<sup>1321</sup> Staudinger-Coester, § 1696, 10

bereits vor dem 01.07.1998 wurde § 1696 I BGB a.F. zur Änderung von auf § 1671 IV 2 und V BGB a.F. gestützten und die Vermögenssorge betreffenden Entscheidungen entsprechend angewendet.<sup>1322</sup>

In den Anwendungsbereich des § 1696 I BGB fallen auch *ausländische Entscheidungen* auf denjenigen Gebieten, die das BGB in den §§ 1626 - 1698 b regelt und die der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen sind, es sei denn, die ausländischen Entscheidungen genießen im Inland gem. § 16 a FGG keine Anerkennung.<sup>1323</sup> Weil aus § 1696 I BGB gefolgert werden kann, daß sorgerechtliche Entscheidungen *nicht* in *materieller* Rechtskraft erwachsen, dürfen das Familiengericht und das Vormundschaftsgericht bei bestehender internationaler Zuständigkeit auch eine von einem ausländischen Gericht erlassene frühere Entscheidung im Interesse des Kindeswohls jederzeit abändern.<sup>1324</sup> Falls aber die Verhältnisse die gleichen geblieben sind, muß die Entscheidung gem. § 16 a FGG anerkannt werden. Wegen einer anderen rechtlichen Beurteilung darf also beispielsweise die Anordnung nicht abgeändert werden.<sup>1325</sup>

### 3. Die Voraussetzungen für die Abänderung gerichtlicher Entscheidungen gem. § 1696 I BGB n.F.

Das Abänderungsverfahren gem. § 1696 I BGB muß *von Amts wegen* eingeleitet werden; es ist ein Amtsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.<sup>1326</sup> Daher setzt ein Verfahren gem. § 1696 I BGB anders als eine Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB keinen Antrag voraus.<sup>1327</sup> Der *Antrag* eines Beteiligten auf die Änderung einer Entscheidung ist folglich eine *bloße Anregung* zur Einleitung eines entsprechenden Verfahrens.<sup>1328</sup> Auch in denjenigen Fällen, in denen die abzuändernde Entscheidung einen Antrag voraussetzte (z.B. in Verfahren gem. § 1630 III BGB), muß die Änderung von Amts wegen erfolgen, weil das Antragserfordernis den Charakter des betreffenden Verfahrens als kindeswohlgebundene staatliche Sorgerechtsmaßnahme unberührt läßt.

Eine Ausnahme gilt lediglich in denjenigen Fällen, in denen die abzuändernde Entscheidung in der Ablehnung eines Antrags bestand; in diesen Fällen erfordern nachfolgende sachliche Maßnahmen des Gerichts einen neuen Antrag.

Der Rechtsgedanke des § 18 I, HS 2 FGG, wonach eine Verfügung, die nur auf Antrag

<sup>1322</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 11

<sup>1323</sup> OLG Bamberg, FamRZ 1990, 1135, 1136

<sup>1324</sup> Schack, Rnr 1006, S. 383; BGH, IPRAX 1987, 317; MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 22; BGH, NJW-RR 1986, 1130; BGHZ 64, 19, 29

<sup>1325</sup> Schack, Rnr 1006, S. 383; Mansel, I Prax 1987, 301

<sup>1326</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 23; Knöringer, FGG, S. 3

<sup>1327</sup> Palandt-Diederichsen, § 1696, 30 u. 31

<sup>1328</sup> BGH, FamRZ 1990, 1224; MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 23

erlassen werden kann, nach Zurückweisung des Antrags nur auf Antrag geändert werden kann, findet auch im Rahmen des § 1696 I BGB entsprechende Anwendung.<sup>1329</sup>

Hinsichtlich des Inhalts der abändernden Entscheidung gibt allein das *Kindeswohl* den Ausschlag,<sup>1330</sup> wobei nur *triftige Gründe*, die mit der Änderung verbundenen Nachteile beträchtlich überwiegen, eine Änderung rechtfertigen.<sup>1331</sup> Daher darf eine Änderung weder mit dem Interesse der leiblichen Eltern noch allein mit einem entsprechenden Wunsch des Kindes begründet werden.<sup>1332</sup> Stets muß geprüft werden, inwiefern seelische Schäden infolge der Herauslösung des Kindes aus seinem bisherigen Lebenskreis, zum Beispiel infolge der Aufhebung einer Verbleibensanordnung gem. § 1632 IV BGB befürchtet werden müssen.<sup>1333</sup> Zusätzlich setzt die Änderung von Beschränkungen der elterlichen Erziehungs- und Vermögenssorgebefugnisse (§§ 1666 ff BGB) auf Seiten der Eltern die Gewähr einer Besserung voraus.<sup>1334</sup>

*Besonderheiten* gelten im Fall der *Änderung der Regelung des Umgangsrechts* gem. § 1684 III BGB n.F. und gem. §§ 1685 III, 1684 III 1 BGB n.F.; denn weil die bloße Änderung der Regelung des Umgangsrechts im Regelfall in nicht so gravierender Weise in die Entwicklung des Kindes eingreift, genügt es für die Zulässigkeit einer Änderung der Regelung des Umgangsrechts, daß der Umgangsberechtigte ohne die Änderung unangemessen benachteiligt wäre, zumal dann auch das Kindeswohl eine Änderung gebietet.<sup>1335</sup>

Der *Grund für eine Änderung der Anordnung* kann auf der Veränderung des Umstandes beruhen, der für die ursprüngliche Regelung maßgebend war.<sup>1336</sup> Beispielsweise kann eine *schwere Erkrankung der Pflegeperson* zur Folge haben, daß die Pflegeperson nicht mehr ordnungsgemäß für das Kind sorgen kann. Des weiteren kann auch eine *Änderung der rechtlichen Verhältnisse* eine Änderung der Anordnung rechtfertigen.<sup>1337</sup> Hierzu rechnet insbesondere die nunmehrige Anwendbarkeit des deutschen statt eines ausländischen Rechts. Zu den möglichen triftigen Gründen für eine Änderung der Erstentscheidung gehört auch eine nachträgliche Gesetzesänderung oder eine Änderung der höchststrichterlichen Rechtsprechung.<sup>1338</sup>

<sup>1329</sup> Staudinger-Coester, § 1696, 15

<sup>1330</sup> Palandt-Diederichsen, § 1696, 20; OLG Hamm, DAV 1984, 918

<sup>1331</sup> Palandt-Diederichsen, § 1696, 21; BayObLG, FamRZ 1976, 38; OLG Hamm, FamRZ 1968, 530; OLG Stuttgart, FamRZ 1978, 827

<sup>1332</sup> Palandt-Diederichsen, § 1696, 20; OLG Stuttgart, FamRZ 1978, 827

<sup>1333</sup> Palandt-Diederichsen, § 1696, 20; OLG Hamm, FamRZ 1982, 532

<sup>1334</sup> Palandt-Diederichsen, 56. Aufl. 1997, § 1696, 3

<sup>1335</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 7, Fn 19; OLG Hamm, NJW 1966, 784

<sup>1336</sup> Palandt-Diederichsen, § 1696, 24; Staudinger-Coester, § 1696, 65 - 69

<sup>1337</sup> Palandt-Diederichsen, § 1696, 25; OLG Zweibrücken, FamRZ 1975, 172, 176

<sup>1338</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 6, Fn 16; KG, FamRZ 1983, 1055 ff und FamRZ 1980, 821 ff

In jedem Fall müssen die auf das jeweilige Rechtsverhältnis anwendbaren materiell-rechtlichen Rechtsnormen, z.B. die §§ 1630 III, 1632 IV BGB, auch im Änderungsverfahren beachtet werden.<sup>1339</sup>

§ 1696 I BGB steht einer *mehrfachen Änderung* einer Entscheidung nicht entgegen.<sup>1340</sup> Nach dem formell rechtskräftigen Abschluß eines früheren Abänderungsverfahrens darf ein erneutes Abänderungsverfahren aber lediglich dann in Gang gesetzt werden, falls neue entscheidungserhebliche Tatsachenbehauptungen vorgetragen werden.<sup>1341</sup> Eine mehrfache Änderung *entspricht jedoch nur selten dem Kindesinteresse*.

Das Abänderungsrecht entwickelt sich zu einer *Abänderungspflicht*, wenn einer Aufrechterhaltung triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe entgegenstehen. Das Familiengericht und das Vormundschaftsgericht besitzen zwar einen Spielraum hinsichtlich der Beurteilung der Änderungsvoraussetzungen und hinsichtlich der Auswahl der ihrer Meinung nach zweckmäßigsten Änderungsmaßnahme, jedoch kein Handlungsermessen in bezug auf die Änderungsentscheidung.<sup>1342</sup>

#### **4. Die Voraussetzungen für eine Aufhebung familiengerichtlicher Maßnahmen gem. § 1696 II BGB**

Maßnahmen gem. §§ 1666 - 1667 BGB stellen gravierende Eingriffe in das durch Art. 6 II GG geschützte Elternrecht dar<sup>1343</sup> und sind nur insoweit zu rechtfertigen, wie sie das Kindeswohl erfordert und wie sie vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gedeckt sind. In Ergänzung zu den Gefahrabwehrtatbeständen sind Maßnahmen gem. §§ 1666 - 1667 BGB nach § 1696 II BGB aufzuheben, wenn eine Gefahr für das Wohl des Kindes oder des Jugendlichen in der Sphäre der leiblichen Eltern nicht mehr besteht oder von Anfang an fehlte.<sup>1344</sup> So gesehen ist Absatz 2 von § 1696 BGB die logische Folge aus den Grundrechten des Kindes und dem aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; der Absatz drückt somit nur eine Selbstverständlichkeit aus: Die Pflicht des Staates zur Aufhebung von Maßnahmen zur Gefahrabwehr infolge Wegfalls der Gefahrenlage, wobei die Pflicht daraus resultiert, daß die Maßnahmen nicht mehr erforderlich und geeignet sind und auch weder hinsichtlich der Auswahl der Abwehrmaßnahme

<sup>1339</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 6, Fn 15; BayObLG, DAV 1982, 604, 608 und FamRZ 1971, 467, 471

<sup>1340</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 5, Fn 14; OLG Hamm, FamRZ 1967, 409 ff

<sup>1341</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 25, Fn 68; OLG Hamm, FamRZ 1981, 600

<sup>1342</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 5; Staudinger-Coester, § 1696, 14

<sup>1343</sup> BT-Drucksache 8/2788, S. 68

<sup>1344</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 16; BayObLG, FamRZ 1990, 1132, 1134; Staudinger-Coester, § 1696, 18 u. 19

noch hinsichtlich deren zeitlicher Dauer das am wenigsten einschneidende Mittel darstellen. In Bezug auf Pflegeverhältnisse spielt § 1696 II BGB vor allem in denjenigen Fällen eine Rolle, in denen das Kind gegen den Willen der leiblichen Eltern, das heißt durch Maßnahmen gem. § 1666 BGB, in der Pflegestelle untergebracht wurde.

Die Formulierung "Maßnahmen ... sind aufzuheben ..." begründen eine Pflicht. Diese *Pflicht*, eine Maßnahme aufzuheben, hängt zwar einerseits vom Wegfall der Gefahr für das Kindeswohl in der Sphäre der leiblichen Eltern ab, doch hat andererseits das Gericht auch die Vorgabe des § 1697 a BGB n.F. zu beachten. Dies bedeutet, daß sich die Bindung des Kindes an seine Pflegepersonen noch nicht so stark verfestigt haben darf, daß die Trennung als solche das Kindeswohl gefährdet und dem Kind ein Wechsel des Aufenthaltsorts nicht zugemutet werden kann.<sup>1345</sup> In Fällen, in denen die Voraussetzungen für den Erlass einer Verbleibensanordnung gem. § 1632 IV BGB n.F. vorliegen, darf keine familiengerichtliche Maßnahme aufgehoben werden, wenn die Aufhebung mit einer Trennung des Kindes von seinen Pflegeeltern verbunden wäre. Hinsichtlich der Dauer der Gefahrenlage bei seelischen Störungen spielt nicht lediglich der Fortbestand der Gefahrenursachen, sondern in gleicher Weise der für die Beseitigung bereits eingetretener Entwicklungsschäden benötigte Zeitraum eine Rolle. Die Feststellung, daß dem Kindeswohl keine Gefahr mehr droht, setzt jedoch nicht lediglich den Wegfall der ursprünglichen Anordnungsgründe voraus. Im Rahmen der Aufhebungsentscheidung kommt es vielmehr darauf an, daß infolge der Aufhebung in Zukunft nicht aus sonstigen Gründen eine erneute Gefährdung des Kindeswohls droht.<sup>1346</sup> Die Aufhebung einer in den Anwendungsbereich des § 1696 II BGB fallenden Maßnahme darf nicht deswegen abgelehnt werden, weil eine Fortdauer der betreffenden Maßnahme dem Kindeswohl besser entspricht als deren Aufhebung.<sup>1347</sup>

Der Gesetzesbefehl "Maßnahmen ... sind aufzuheben ..." besagt im Umkehrschluß, daß das Gericht von sich aus tätig werden muß und daß der *Aufhebungs-"antrag"* eines Elternteils lediglich die Funktion einer Anregung hat. Daher gehört das Verfahren gem. § 1696 II BGB zu den *Amtsverfahren* der freiwilligen Gerichtsbarkeit.<sup>1348</sup> Einen die volle Wiederherstellung seines Sorgerechts begehrenden Elternteil trifft ungeachtet des Amtsermittlungsprinzips (§§ 621 a I 2 ZPO, 12 FGG) die *Feststellungslast* für die Änderung der Umstände, die ursprünglich zu der betreffenden gerichtlichen Anordnung geführt haben.<sup>1349</sup>

<sup>1345</sup> Beitzke/Lüderitz, § 34 III 6, S. 377

<sup>1346</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 16, Rn 47; OLG Karlsruhe, ZBIJugR 1982, 245 ff

<sup>1347</sup> Palandt-Diederichsen, 56. Aufl. 1997, § 1696, 5; OLG Karlsruhe, FamRZ 1994, 393

<sup>1348</sup> Knöringer, FGG, S. 3

<sup>1349</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 16, Fn 46; BayObLG, DAV 1982, 611, 614 und DAV 1984, 1048, 1053; OLG Stuttgart, FamRZ 1974, 538, 540

*Absatz 1 und Absatz 2 von § 1696 BGB unterscheiden sich dadurch, daß eine Änderung des Absatzes 1 eine nachträgliche Veränderung oder ein nachträgliches Bekanntwerden maßgeblicher Umstände in der Sphäre der Pflegefamilie voraussetzt;<sup>1350</sup> eine Aufhebung nach Absatz 2 erfolgt dann, wenn sich die Verhältnisse bei den leiblichen Eltern zum Vorteil für das Kindeswohl gebessert haben. Das Mißverständnis, wonach die Voraussetzungen für eine Entscheidung nach Absatz 1 weniger streng als nach Absatz 2 seien,<sup>1351</sup> dürfte durch die Novellierung des Absatzes 1 ausgeräumt sein.*

## **5. Die Voraussetzungen für eine Überprüfung familiengerichtlicher Maßnahmen gem. § 1696 III BGB**

§ 1696 III BGB bezieht sich auf die Aufhebungspflicht gem. § 1696 II BGB, die gegenüber dem Abänderungsverfahren gem. § 1696 I BGB einen eigenständigen Charakter besitzt. Die Überprüfung erfolgt zu dem Zweck, die Angemessenheit der ursprünglich getroffenen Maßnahme erneut zu beurteilen und um zu garantieren, daß längerfristige Maßnahmen rechtzeitig aufgehoben werden.<sup>1352</sup> Daher handelt es sich bei der Überprüfungspflicht gem. § 1696 III BGB um eine *Vorstufe zum Aufhebungsverfahren gem. § 1696 II BGB*. Die Pflicht zur Überprüfung obliegt dem Vormundschaftsgericht oder dem Familiengericht, das die betreffende Maßnahme erlassen hat.<sup>1353</sup>

Die Ungewißheit hinsichtlich der voraussichtlichen Dauer der Fremdplazierung belastet sowohl das Kind und seine Eltern als auch die Pflegepersonen. Um diese Belastung zu verringern, müssen schon bei Erlass der Gefahrabwehrmaßnahme die in keiner Rechtsnorm näher erläuterten "*angemessenen Zeitabstände*" erstmals nach den Umständen des Einzelfalls festgesetzt und die Beteiligten über die Überprüfungsfrist *informiert* werden.<sup>1354</sup>

Bei der Fristbestimmung sind folgende Aspekte zu beachten:

Die Zeit muß ausreichen, um die bereits eingetretenen Entwicklungsbeeinträchtigungen oder Entwicklungsschäden zu beseitigen.

Grundsätzlich gefährden alle Verallgemeinerungen bei der Festlegung der "*angemessenen Zeitabstände*" das Prinzip der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit, obgleich § 1696

<sup>1350</sup> Palandt-Diederichsen, § 1696, 7; BayObLG, NJW 1964, 2306; KG, FamRZ 1967, 411; OLG Bamberg, FamRZ 1990, 1135; Staudinger-Coester, § 1696, 11

<sup>1351</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 15; Staudinger-Coester, § 1696, 18

<sup>1352</sup> Palandt-Diederichsen, § 1696, 18; MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 19, Fn 52; BT-Drucksache 8/2788, S. 68; Staudinger Coester, § 1696, 21

<sup>1353</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 20; Staudinger-Coester, § 1696, 22

<sup>1354</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 21

III BGB gerade bezweckt, diese Prinzipien zu verwirklichen.

Die Faustregel, wonach eine erstmalige Überprüfung *nach ein bis zwei Jahren*, eine weitere Überprüfung im Fall der Bewährung der Maßnahme - von im Einzelfall gebotenen Abweichungen abgesehen - erst *nach drei oder mehr Jahren* vorzunehmen sei, ist eine bedenkliche Typisierung, die nur als äußerste allenfalls noch gesetzeskonforme zeitliche Ausdehnung der Überprüfungspflicht angesehen werden darf.<sup>1355</sup>

Wenn eine Überprüfung angeregt wird und das Gericht die vorgetragenen Gründe als erheblich ansieht, muß es ungeachtet der gem. § 1696 III BGB angeordneten Frist eine Überprüfung bereits vor dem Fristablauf vornehmen.

Besteht die Pflicht zur Aufhebung gefahrenabwehrender Maßnahmen bei einem Fortfall der Gefahrenlage schon unmittelbar aus denjenigen Rechtsnormen, auf denen derartige Maßnahmen beruhen, das heißt auf die §§ 1666 bis 1667 BGB, so dürfen die von § 1696 III BGB vorgeschriebenen periodischen Zeitabstände nicht in sinnwidriger Weise bewirken, daß eine Gefahrenabwehrmaßnahme lediglich aufgrund irgendwelcher Fristenordnungen über das Ende der Gefahrenlage hinaus Bestand hat.

Im Fall des Entzugs des elterlichen Sorgerechts im ganzen ist eine Überprüfung erst nach *acht* Jahren in keinem Fall angemessen.<sup>1356</sup>

## **6. Das Verhältnis zwischen § 1696 I BGB n.F. und den §§ 1666 ff BGB in bezug auf Pflegeverhältnisse**

Die Frage nach dem Verhältnis zwischen § 1696 I BGB n.F. und den §§ 1666 ff BGB stellt sich bei Pflegeverhältnissen nur dann, wenn aufgrund eines Verhaltens der Pflegeperson das Kindeswohl es gebietet, eine Verbleibensanordnung gem. § 1632 IV BGB aufzuheben oder eine Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB rückgängig zu machen. Denn auch eine *Kindeswohlgefährdung infolge des Verhaltens der Pflegeeltern* stellt eine Kindeswohlgefährdung durch das Verhalten eines Dritten im Sinn von § 1666 I, F. 4 BGB dar.<sup>1357</sup>

In einem solchen Fall gilt dasselbe wie für das Verhältnis zwischen § 1632 IV und den §§ 1666 ff BGB: Die §§ 1666 ff BGB haben als "kindschaftsrechtliche Generalklausel" wegen des Grundsatzes "lex specialis derogat legi generali" zurückzutreten, soweit eine

<sup>1355</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 21

<sup>1356</sup> BayObLG, FamRZ 1990, 1132, 1134; MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 21

<sup>1357</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1666, 43, Fn 155; Staudinger-Coester, § 1666, 27



*spezielle Rechtsnorm*, das heißt hier § 1696 I BGB n.F., eingreift.<sup>1358</sup>

## 7. Das Verhältnis zwischen § 1696 I BGB n.F. und § 18 I, HS 1 FGG

Vor dem 01.07.1998 bestand die Änderungsmöglichkeit gem. § 1696 I BGB a.F. unabhängig von § 18 I, HS 1 FGG, wonach ein Gericht das Recht zur Änderung einer von ihm erlassenen und nachträglich für ungerechtfertigt erachteten Verfügung besaß,<sup>1359</sup> weil für die Entscheidung das Vormundschaftsgericht sachlich zuständig war. Demgegenüber durften sorgerechtliche Entscheidungen im Sinn von § 621 I, Nr. 1 ZPO a.F., beispielsweise die Regelung elterlicher Sorge nach der Scheidung gem. § 1671 BGB a.F. vom Familiengericht aufgrund der §§ 621 e III 2, 577 III ZPO nicht gem. § 18 I, HS 1 FGG geändert werden.<sup>1360</sup>

Mit dem Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes erfolgte eine Vereinheitlichung. Hinsichtlich der Entscheidungen gem. § 1630 III BGB fiel die Änderungsmöglichkeit gem. § 18 I, HS 1 FGG weg, weil es sich jetzt gem. § 621 I, Nr. 1 ZPO n.F. um Familiensachen handelt. Nunmehr finden die §§ 621 e III 2, 577 III ZPO, die den Gerichten die Abänderung der von ihnen selbst erlassenen Entscheidungen verbieten, gem. § 621 a I ZPO n.F. auch auf Verfahren gem. § 1630 III BGB Anwendung.

§ 18 II FGG, der die Änderung einer Verfügung gem. § 18 I FGG für den Fall untersagt, daß eine Verfügung der sonstigen Beschwerde unterliegt, war und ist nicht einschlägig. Vorliegend war nämlich bis 01.07.1998 - da Vormundschaftssache - die einfache Beschwerde und seither die befristete Beschwerde, nicht aber die sofortige Beschwerde zulässig. Diese Beschwerdearten unterscheiden sich hinsichtlich der Dauer der Rechtsmittelfristen; für die einfache Beschwerde gilt keine Frist, für die befristete Beschwerde eine Frist von einem Monat (§ 621 e III, 516 ZPO) und für die sofortige Beschwerde eine solche von zwei Wochen (§ 577 II ZPO).

Eine Überschneidung der Anwendungsbereiche des § 1696 I BGB n.F. und des § 18 I, HS 1 FGG bei der Abänderung von Entscheidungen gem. § 1630 III BGB ist somit seit dem Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes nicht mehr denkbar.

Allerdings besteht weiterhin ein praktisches Bedürfnis, Entscheidungen gem. § 1630 III BGB aufgrund einer nachträglich erkannten ursprünglichen Unrichtigkeit abzuändern,<sup>1361</sup> wie

<sup>1358</sup> Palandt-Diederichsen, § 1696, 11; OLG Karlsruhe, DAV 1979, 136

<sup>1359</sup> Palandt-Diederichsen, 56. Aufl. 1997, § 1696, 1; Staudinger-Coester, § 1696, 4

<sup>1360</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 1; Staudinger-Coester, § 1696, 4

<sup>1361</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 1; Staudinger-Coester, § 1696, 5

dies § 18 I 1 FGG vorsieht. Dieses praktische Bedürfnis macht eine korrigierende Interpretation des § 1696 I BGB in dem Sinn erforderlich, daß § 1696 I BGB nicht nur dann Anwendung findet, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse geändert haben, sondern auch dann, wenn Umstände bekanntgeworden sind, die eine andere Beurteilung des Sachverhaltes, auf dem die frühere Regelung beruht, geboten erscheinen lassen. Folglich können im Rahmen eines Abänderungsverfahrens gem. § 1696 I BGB auch Tatsachen berücksichtigt werden, die zwar im Zeitpunkt der ersten Anordnung bereits vorlagen, von denen das Gericht jedoch noch keine Kenntnis hatte.<sup>1362</sup>

## **8. Das Verhältnis zwischen der Änderung von Anordnungen gem. § 1696 I BGB n.F. und der Rückübertragung sorgerechtllicher Befugnisse gem. § 1919 BGB**

Die Abänderung einer sorgerechtlliche Befugnisse im Sinn von § 1630 III BGB n.F. übertragenden Entscheidung gem. § 1696 I BGB n.F. und die Rückübertragung sorgerechtllicher Befugnisse gem. § 1919 BGB unterscheiden sich grundlegend in ihren Voraussetzungen:

Eine Abänderung gem. § 1696 I BGB n.F. setzt entweder den nachträglichen Eintritt triftiger, das *Kindeswohl* nachhaltig berührender Gründe oder das nachträgliche Bekanntwerden solcher Gründe voraus.<sup>1363</sup>

Hingegen erfordert eine Rückübertragung sorgerechtllicher Befugnisse gem. § 1919 BGB entweder, daß die rechtlichen Voraussetzungen für die Übertragung sorgerechtllicher Befugnisse - *Antrag und Zustimmung* im Sinn von § 1630 III BGB n.F. - wegfielen oder daß bekannt wurde, daß mindestens eine dieser Voraussetzungen von Anfang an fehlte.<sup>1364</sup> Förderung oder Gefährdung des Kindeswohls als Voraussetzung für die Übertragung nennt § 1630 III BGB n.F. nicht und nach § 1697 a BGB n.F. ist die Zielvorgabe "Wohl des Kindes" nicht Voraussetzung, sondern bei der Gerichtsentscheidung nur in eingeschränktem Umfang zu realisieren.

Deshalb können sich in bezug auf die Rückübertragung von Sorgerechtsangelegenheiten die Anwendungsbereiche des § 1696 I BGB n.F. und des § 1919 BGB nicht überschneiden.

<sup>1362</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 1, Fn 4; BGH, NJW-RR 1986, 1130 ff; Staudinger-Coester, § 1696, 11

<sup>1363</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1630, 4; Staudinger-Coester, § 1696, 11

<sup>1364</sup> Palandt-Diederichsen, § 1919, 2; BayObLGZ 21, 95; Staudinger-Bienwald, § 1919, 2

## 9. Verfahrensfragen zu § 1696 BGB

### 9.1 Das Verfahren gem. § 1696 I BGB n.F.

Das Abänderungsverfahren ist ein *selbständiges Verfahren* und nicht lediglich die Fortsetzung eines früheren Verfahrens.<sup>1365</sup> § 1696 I BGB n.F. normiert ein materielles *Änderungsrecht*, das auch *gegenüber Entscheidungen höherer Instanzen gilt*.<sup>1366</sup>

Das Abänderungsverfahren muß *von Amts wegen* eingeleitet werden und setzt keinen Antrag voraus.<sup>1367</sup> Der Antrag eines Elternteils hat lediglich die Funktion einer Anregung.<sup>1368</sup>

Seit dem 01.07.1998 ist für eine Abänderung von Entscheidungen auf dem Gebiet der §§ 1626 - 1698 b BGB grundsätzlich das *Familiengericht sachlich zuständig*.<sup>1369</sup> Nur in denjenigen Fällen, in denen vor dem 01.07.1998 aufgrund des alten Rechtszustands das Vormundschaftsgericht eine Entscheidung traf, bleibt die Abänderungszuständigkeit des Vormundschaftsgerichts gem. § 1696 I BGB n.F. bestehen.

Falls die Abänderung einer Entscheidung auf dem Gebiet der §§ 1626 - 1698 b BGB entweder die elterliche Sorge für das Kind (§ 621 I Nr. 1 ZPO), die Regelung des Umgangs mit dem Kind (§ 621 I Nr. 2 ZPO) oder die Herausgabe eines unter elterlicher Sorge stehenden Kindes (§ 621 I Nr. 3 ZPO) betrifft, richtet sich die *örtliche Zuständigkeit* gem. §§ 621 a I 1 ZPO n.F., 621 a I 2 ZPO, 64 III 2 FGG, 36 I 1 FGG nach dem *Wohnsitz des Kindes*. Er deckt sich grundsätzlich mit dem Wohnsitz des Inhabers der Personensorge (§ 11 S. 1 u. 2 BGB), und zwar selbst dann, wenn das Aufenthaltsbestimmungsrecht nicht dem Inhaber der Personensorge, sondern einem Pfleger (§ 1909 I BGB) aufgrund einer Maßnahme gem. § 1666 BGB zusteht; denn durch die Pflegerbestellung werden nur die übertragenen Angelegenheiten von der elterlichen Personensorge ausgenommen (§ 1630 I BGB). Inhaber der Personensorge bleiben weiterhin die Eltern. Das gleiche gilt, wenn einer anderen Person als dem Inhaber der Personensorge das Aufenthaltsbestimmungsrecht aufgrund einer einstweiligen Anordnung zusteht.<sup>1370</sup> Wird das Kind von den Personensorgeberechtigten dauerhaft in einer Pflegestelle untergebracht,<sup>1371</sup> tritt jedoch ein *gewillkürter Wohnsitz* an die Stelle des gesetzlichen Wohnsitzes.<sup>1372</sup>

<sup>1365</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 22, Fn 56; BGH, FamRZ 1990, 1224; BGHZ 21, 306, 315 = NJW 1956, 1439; BayObLG, DAV 1984, 1048, 1053 u. DAV 1982, 611, 613 u. FamRZ 1976, 38 ff, 41, 42 ff

<sup>1366</sup> Palandt-Diederichsen, § 1696, 30, 31; Staudinger-Coester, § 1696, 72

<sup>1367</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 23; Knöringer, FGG, S. 3

<sup>1368</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 16; Staudinger-Coester, § 1696, 73

<sup>1369</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 109

<sup>1370</sup> Palandt-Diederichsen, 56. Aufl. 1997, § 1696, 8; BGH, FamRZ 1993, 49

<sup>1371</sup> Palandt-Heinrichs, § 11, 1; OLG Köln, FamRZ 1996, 859

<sup>1372</sup> Palandt-Heinrichs, § 11, 1; BayObLGZ 79, 149

Maßgebend ist der *Wohnsitz des Kindes im Zeitpunkt der Abänderung* der Anordnung. Daher bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit unabhängig von der abzuändernden Entscheidung<sup>1373</sup> und kann von der örtlichen Zuständigkeit für die ursprüngliche Entscheidung abweichen, falls sich die für die Zuständigkeit erheblichen Verhältnisse in der Zwischenzeit geändert haben.<sup>1374</sup> In dieser Hinsicht besteht eine Parallele zur Abänderungsklage gem. § 323 ZPO, obwohl sich bei ihr die örtliche Zuständigkeit nach den allgemeinen Regeln, das heißt nach den §§ 12 ff ZPO richtet.<sup>1375</sup>

Wenn das *Vormundschaftsgericht* sachlich zuständig ist, bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit gem. § 36 I 1 FGG ebenfalls nach dem Wohnsitz des Kindes. Daher spielt es im Rahmen der örtlichen Zuständigkeit keine Rolle, ob in sachlicher Hinsicht das Vormundschaftsgericht oder das Familiengericht sachlich zuständig ist.

Die Abänderung gerichtlicher Entscheidungen gem. § 1696 I BGB unterfällt *nicht* dem *Richtervorbehalt*.<sup>1376</sup> Dies beruht darauf, daß der Gesetzgeber es unterlassen hat, die Abänderung gerichtlicher Entscheidungen gem. § 1696 I BGB in den Katalog der Richtervorbehalte auf dem Gebiet der Vormundschaftssachen in § 14 RPflG aufzunehmen. Diese Regelung der *funktionellen Zuständigkeit* erscheint eigenartig, da die abzuändernden Entscheidungen selbst regelmäßig dem Richtervorbehalt unterlagen, so beispielsweise die Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB (§ 14 I Nr. 6 lit. a RPflG) oder der Erlaß einer Verbleibensanordnung gem. § 1632 IV BGB (§ 14 I Nr. 7 RPflG). Weil offensichtlich ein *Rechtspfleger* befugt ist, die Anordnung eines ihm grundsätzlich übergeordneten Richters abzuändern, wurde die unterbliebene Einführung eines Richtervorbehalts für diese Geschäfte *in Fachkreisen* wiederholt *kritisiert*.<sup>1377</sup>

Der *mehrfachen Änderung* einer Anordnung steht § 1696 I BGB zwar nicht entgegen; jedoch entspricht sie nur selten dem Kindesinteresse,<sup>1378</sup> das es im Rahmen des § 1697 a BGB n.F. zu berücksichtigen gilt.

Hinsichtlich der *Beschwerdebefugnis der Pflegepersonen* muß danach unterschieden werden, ob die betreffende Anordnung gem. § 1696 I BGB n.F. durch das sachlich zuständige Familiengericht oder das sachlich zuständige Vormundschaftsgericht abgeändert wurde.

<sup>1373</sup> Palandt-Diederichsen, § 1696, 30, 31; BGHZ 21, 315; BayObLG, FamRZ 1964, 640

<sup>1374</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 22, Fn 57; BGH, FamRZ 1990, 1224; BGHZ 21, 306, 315 = NJW 1956, 1439; BayObLG, DAV 1984, 1048, 1053; DAV 1982, 611, 613 u. FamRZ 1976, 38 ff, 41, 42 ff

<sup>1375</sup> Thomas/Putzo, § 323, 13

<sup>1376</sup> Büttner, FamRZ 1998, 585, 586, 587, Fn 20; Kleinle/Weychardt, DAV 1996, 824; Staudinger-Coester, § 1696, 72

<sup>1377</sup> Büttner, FamRZ 1998, 585, 586, 587, Fn 20; Kleinle/Weychardt, DAV 1996, 824

<sup>1378</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 5 u. Fn 14; OLG Hamm, FamRZ 1967, 409 ff

Ist die betreffende Endentscheidung im ersten Rechtszug durch das *Familiengericht* ergangen, findet gem. § 621 e I und III ZPO n.F. und § 516 ZPO die *befristete Beschwerde* statt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Änderung durch einen Rechtspfleger oder durch einen Richter vorgenommen wurde; denn gegen die Entscheidung des Rechtspflegers ist das Rechtsmittel gegeben, das nach den allgemeinen verfahrensrechtlichen Vorschriften zulässig ist (§ 11 I RPflG). In Verfahren der befristeten Beschwerde richtet sich die Beschwerdebefugnis zwar grundsätzlich nach §§ 20 und 57 FGG, doch gelten Einschränkungen. In den Fällen des § 57 I Nr. 1 und 3 FGG steht die Beschwerde nur dem Ehegatten des Mündels oder Pflegebefohlenen zu (§ 64 III 4 FGG). Die Vorschrift des § 57 I Nr. 9 FGG findet keine Anwendung, steht jedoch der Beschwerdeberechtigung des Jugendamts nicht entgegen (§§ 64 III 3, 57 II FGG).<sup>1379</sup> Die *Pflegeeltern* können ihre *Beschwerdebefugnis* nicht auf § 20 I FGG stützen, da die Abänderung einer Entscheidung gem. § 1696 I BGB n.F. nicht sie in ihren eigenen subjektiven Rechten im Sinn von § 20 I FGG berührt. Die übrigen Normen des § 57 I FGG sind nicht einschlägig.

Wurde die Anordnung durch das *Vormundschaftsgericht* geändert, gestand die Rechtsprechung den *Pflegeeltern* schon vor dem Inkrafttreten des § 1630 III BGB eine *Beschwerdebefugnis* zu. Damals konnten den Pflegeeltern Sorgerechtsangelegenheiten lediglich durch vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen gem. §§ 1666, 1673 oder 1674 BGB übertragen werden; im Fall der Ablehnung solcher Maßnahmen durften sich die Pflegeeltern auf § 57 I Nr. 9 FGG stützen und Beschwerde erheben.<sup>1380</sup> Weil § 1630 III BGB partiell an die Stelle vormundschaftsgerichtlicher Maßnahmen gem. §§ 1666, 1673, 1674 BGB getreten ist und die Rechte der Pflegeeltern im Interesse des Kindes stärken und nicht beschränken soll und weil die Aufhebung einer Pflegerbestellung der Ablehnung einer Pflegerbestellung für die Zukunft gleichkommt, wurde den Pflegepersonen auch im Fall der Aufhebung einer auf § 1630 III BGB beruhenden Pflegerbestellung, die ganz oder teilweise die Personensorge betrifft, aufgrund ihres berechtigten Interesses an der Wahrnehmung dieser Angelegenheiten eine Beschwerdebefugnis nach § 57 I Nr. 9 FGG zugestanden. Ebenso steht den Pflegeeltern im Fall der Aufhebung einer auf § 1632 IV BGB beruhenden Verbleibensanordnung gem. § 57 I Nr. 9 FGG eine Beschwerdebefugnis zu, weil eine solche Entscheidung ebenfalls die Personensorge betrifft.<sup>1381</sup>

Dagegen steht den Pflegepersonen keine Beschwerdebefugnis zu, wenn die betreffende Entscheidung allein die *Vermögenssorge* betrifft, denn § 57 I Nr. 9 FGG bezieht sich nur

<sup>1379</sup>Thomas/Putzo, § 621 e, 6

<sup>1380</sup>Baer, FamRZ 1982, 221, 223; Fn 23; Keidel/Kuntze/Winkler, § 57, 38; BayObLG, FamRZ 1976, 163

<sup>1381</sup>Baer, FamRZ 1982, 221, 232

auf eine Verfügung, die eine Entscheidung über eine die Sorge für die Person des Kindes oder Mündels betreffende Angelegenheit enthält.<sup>1382</sup>

Ebensowenig können die Pflegeeltern in einem derartigen Fall ihre Beschwerdebefugnis aus § 57 I Nr. 3, F. 2 FGG herleiten, weil den Pflegeeltern wegen des ausschließlich *fremdnützigen Charakters ihres Amtes*<sup>1383</sup> ein rechtliches Interesse an der Änderung der Verfügung fehlt.<sup>1384</sup>

Dagegen steht dem *Kind* eine *Beschwerdebefugnis* zu, wenn eine abändernde Entscheidung im Sinn von § 1696 I BGB n.F. in seine eigenen subjektiven Rechte eingreift (§ 20 I FGG). Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die abändernde Entscheidung zu einem Aufenthaltswechsel zwingt und damit in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kindes gem. Art. 2 I GG eingreift.<sup>1385</sup>

Das beschränkt geschäftsfähige *Kind* darf gem. § 59 I 1 FGG n.F. i.V.m. § 59 III 1 FGG ab dem vollendeten 14. Lebensjahr seine *Beschwerdebefugnis* in die Personensorge betreffenden Angelegenheiten *ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters* ausüben. Das gleiche gilt in sonstigen Angelegenheiten, in denen das mehr als 14 Jahre alte Kind vor einer Entscheidung des Gerichts gehört werden soll (§§ 59 I 2 und III 1 FGG n.F.). Dies ist in *vermögensrechtlichen* Angelegenheiten der Fall, wenn die Anhörung nach der Art der Angelegenheit angezeigt erscheint (§ 50 b II 2 FGG).

Betrifft das Verfahren gem. § 1696 I BGB ganz oder teilweise die Personensorge, erfordert dies gem. § 50 FGG n.F. regelmäßig die Bestellung eines *Verfahrenspflegers* für das Kind, ferner die *Anhörung der Pflegeeltern* (§ 50 c S. 1 FGG n.F.).

Daneben muß das *Jugendamt* gem. §§ 49, 49 a FGG in allen Fällen gehört werden, in denen die konkrete Angelegenheit Gegenstände des in diesen Rechtsnormen enthaltenen Katalogs betrifft. Gegebenenfalls müssen die für den Wohnsitz beider natürlicher Elternteile zuständigen Jugendämter gehört werden. Allerdings kann sich im Änderungsverfahren die gutachtliche Stellungnahme des Jugendamts aufgrund besonderer Umstände darauf beschränken, die Einschaltung eines Sachverständigen vorzuschlagen.<sup>1386</sup>

Unter Umständen gebietet die *Amtsaufklärungspflicht*, daß das Gericht ein *psychologisches*

<sup>1382</sup> Bumiller/Winkler, FGG, § 57, zu Nr. 9 a; KG, OLGZ 71, 292

<sup>1383</sup> BK-Jestaedt, Art. 6 II u. III, 87 u. 88

<sup>1384</sup> Bumiller/Winkler, § 57, zu Nr. 3 a; BGH, NJW 1953, 1666; BayObLGZ 61, 277, 279; OLG Hamm, FamRZ 1965, 85

<sup>1385</sup> BayObLG, FamRZ 1985, 737, 738

<sup>1386</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 23 u. Fn 59; OLG Hamm, FamRZ 1968, 533 ff

*Gutachten* einholt.<sup>1387</sup> Einen die volle Wiederherstellung seines Sorgerechts begehrenden *Elternteils* trifft ungeachtet des Amtsermittlungsprinzips (§§ 621 a I 2 ZPO, 12 FGg) die *Feststellungslast* für die Änderung der Umstände, die ursprünglich zu der betreffenden gerichtlichen Anordnung geführt haben.<sup>1388</sup>

Auch im Änderungsverfahren gem. § 1696 I BGB dürfen *vorläufige Anordnungen* ergehen, falls ein dringendes Bedürfnis für ein unverzügliches Einschreiten besteht, das kein Abwarten bis zur endgültigen Entscheidung zuläßt, da diese zu spät kommen und den Kindesinteressen nicht hinreichend Rechnung tragen würde. Bei dem Erlass einer vorläufigen Anordnung müssen auch die Aussichten im Änderungsverfahren berücksichtigt werden.<sup>1389</sup> Der Antragsteller hat die tatsächlichen Voraussetzungen einschließlich der Dringlichkeit glaubhaft zu machen.<sup>1390</sup> Eine vorläufige Anordnung hat zu unterbleiben, falls einerseits keine hinreichende Aussicht auf eine endgültige Änderungsentscheidung gem. § 1696 I BGB besteht. Andererseits dürfen keine übertriebenen Anforderungen an die Darlegung bzw. an das Bestreiten der Änderungsvoraussetzungen gestellt werden, weil das Kindeswohl die entscheidende Rolle spielt. Dieses läßt eine vorläufige Anordnung bereits dann zu, wenn hinsichtlich des Ausgangs des endgültigen Verfahrens noch Ungewißheit herrscht.<sup>1391</sup>

Als *Folge einer Abänderungsentscheidung* gem. § 1696 I BGB n.F. darf gegebenenfalls ein geänderter Herausgabebeschluß gem. § 1632 III BGB<sup>1392</sup> oder eine geänderte Umgangsentscheidung<sup>1393</sup> ergehen.

<sup>1387</sup> Palandt-Diederichsen, 56. Aufl. 1997, § 1696, 8

<sup>1388</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 16, Fn 46; BayObLG, DAV 1982, 611, 614 und DAV 1984, 1048, 1053; OLG Stuttgart, FamRZ 1974, 538, 540

<sup>1389</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 24, Fn 60; BayObLGZ 1961, 262 = FamRZ 1962, 34 ff; OLG München, FamRZ 1977, 749 u. FamRZ 1981, 389

<sup>1390</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 24, Fn 61; BayObLGZ 1961, 262

<sup>1391</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 24, Fn 63; OLG Köln, FamRZ 1971, 188 ff

<sup>1392</sup> Palandt-Diederichsen, § 1696, 33; Staudinger-Coester, § 1696, 28

<sup>1393</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 109

## 9.2 Das Verfahren gem. § 1696 II BGB

Wenn eine Gefahr für das Wohl des Kindes nicht mehr besteht, sind Maßnahmen nach den §§ 1666 bis 1667 BGB aufzuheben. Verfahrensrechtliche Unterschiede zu dem Verfahren gem. § 1696 I BGB ergeben sich hierbei nicht.

## 9.3 Das Verfahren gem. § 1696 III BGB

Obwohl die Überprüfung gerichtlicher Maßnahmen gem. § 1696 III BGB nur eine vorbereitende *Vorstufe* des Abänderungsverfahrens gem. § 1696 II BGB darstellt, bestehen in verfahrensrechtlicher Hinsicht folgende Besonderheiten zum Abänderungsverfahren gem. § 1696 II BGB:

- *Sachlich und örtlich zuständig* für die Überprüfung ist dasjenige Vormundschaftsgericht oder Familiengericht, das die zu überprüfende *Entscheidung erlassen* hat.<sup>1394</sup> Weil das Vormundschaftsgericht mit dem Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes seine Zuständigkeit auf dem Gebiet der §§ 1666 bis 1667 BGB zugunsten des Familiengerichts verloren hat, wird die Überprüfungszuständigkeit des Vormundschaftsgerichts mit der Zeit an Bedeutung verlieren.
- Des weiteren bestimmt sich der Umfang der für die Überprüfung notwendigen Ermittlungen nach den Umständen des Einzelfalls. Daher kann es ausreichen, eine *Stellungnahme des Jugendamts* anzuordnen.

Die *Amtsaufklärungspflicht* (§ 12 FGG) gebietet aber eine *Anhörung der Beteiligten*, falls die Gefahrenabwehrmaßnahme erkennbar von Anfang an gleichsam nur für eine beschränkte Zeit hin angelegt war oder andere Anzeichen dafür bestanden, daß in absehbarer Zeit mit einer Änderung der für die Annahme der Gefährdungssituation maßgeblichen Sachlage gerechnet werden mußte.<sup>1395</sup>

- Eine weitere Besonderheit zum Verfahren gem. § 1696 I und II BGB liegt darin, daß gegen die Überprüfungsmaßnahmen gem. § 1696 III BGB *keine Rechtsmittel statthaft* sind. Denn alle Rechtsmittel in der freiwilligen Gerichtsbarkeit setzen eine beschwerdefähige Verfügung eines Richters oder Rechtspflegers voraus, das heißt eine Entscheidung, die auf die Änderung oder Feststellung der Sach- oder Rechtslage abzielt oder eine solche Änderung oder Feststellung ablehnt. Die Entscheidung muß bereits "*erlassen*" sein, also schon Außenwirkung entfalten. Daher zählen Überprüfungsmaßnahmen gem. § 1696 III BGB, da sie lediglich den internen Dienstbetrieb betreffen und noch nicht unmittelbar und in erheblicher Weise in die Rechte von Beteiligten eingreifen, nicht zu den beschwerdefähigen Verfügungen im obigen Sinn.<sup>1396</sup> Folglich können Überprüfungsmaßnahmen gem.

<sup>1394</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 20; Staudinger-Coester, § 1696, 22

<sup>1395</sup> MüKo-BGB-Hinz, § 1696, 20, Fn 53; Thalmann, DRiZ 1980, 180, 181 ff

<sup>1396</sup> Knöringer, FGG, S. 29



§ 1696 III BGB nicht mit Rechtsmitteln angefochten werden.

- Außerdem darf das Gericht in einem Verfahren gem. § 1696 III BGB *keine vorläufigen Anordnungen* erlassen, da ein solches Verfahren allein der Überprüfung dient mit der Folge, daß es in einem Verfahren gem. § 1696 III BGB begrifflich *nicht* möglich ist, daß eine *endgültige Entscheidung zu spät* kommt.

## **F. Die Auswirkungen des Mißhandlungsverbots gem. § 1631 II BGB n.F. auf die Pflegeeltern**

### **1. Das Züchtigungsrecht der Pflegeeltern nach altem Rechtszustand**

Da der Personensorgeberechtigte grundsätzlich die *Freiheit in der Wahl der Erziehungsmittel* besitzt, stand ihm bislang auch ein Züchtigungsrecht zu.<sup>1397</sup> Allerdings schrieb § 1631 II BGB a.F. seit dem Inkrafttreten des Sorgerechtsreformgesetzes im Jahr 1980 den leiblichen Eltern einen bestimmten Erziehungsstil vor. § 1631 II BGB a.F., der entwürdigende Erziehungsmaßnahmen verbot, galt kraft Verweisung gem. § 1800 BGB auch für Vormünder und kraft Verweisung gem. §§ 1915 I, 1800 BGB auch für Pfleger als Inhaber der Personensorge. Im Licht von Art. 1 und 2 GG begegnete § 1631 II BGB a.F. keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.<sup>1398</sup> Zu den *entwürdigenden Erziehungsmaßnahmen* gehörten nicht bloß unangemessene Körperstrafen, sondern auch sonstige elterliche Maßnahmen oder von den Eltern geduldete Maßnahmen Dritter, die das Kind der Gefahr der Verachtung durch andere Menschen aussetzten und in unangemessenem Maß der Selbstachtung und dem Ehrgefühl des Kindes schaden.<sup>1399</sup> Bei § 1631 II BGB a.F. handelte es sich um eine Verbotsnorm, deren Verletzung gem. §§ 223 ff StGB strafrechtlich geahndet wurde und gegen deren Verletzung das Vormundschaftsgericht gem. §§ 1666, 1666 a BGB a.F. einschreiten durfte.<sup>1400</sup>

Auch Pflegepersonen besaßen im Regelfall ein Züchtigungsrecht, unabhängig davon, ob sie zu Vormündern oder Pflegern des Kindes bestellt worden waren oder nicht:

- In ihrer Eigenschaft als Inhaber der Personensorge stand auch Vormündern und Pflegern in jedem Fall ein Züchtigungsrecht zu.
- Auf sonstige Pflegepersonen als Dritte durfte die Ausübung des Züchtigungsrechts im Zusammenhang mit der Ausübung erzieherischer Befugnisse übertragen werden. Regel-

<sup>1397</sup>Beitzke/Lüderitz, § 27 II, 1 b, S. 305

<sup>1398</sup>BT-Drucksache 8/2788, S. 48

<sup>1399</sup>BT-Drucksache 8/2788, S. 48

<sup>1400</sup>Palandt-Diederichsen, § 1631, 11

mäßig konnte man eine stillschweigende Übertragung auf die Pflegepersonen annehmen.<sup>1401</sup>

Ohne eine solche Übertragung durch den Inhaber der Personensorge stand den Pflegeeltern als Dritten kein Züchtigungsrecht zu. Ein solches Recht konnte weder auf eine mutmaßliche Einwilligung des Inhabers der Personensorge noch auf eine analoge Anwendung der Prinzipien der Geschäftsführung ohne Auftrag oder des § 127 StPO gestützt werden.<sup>1402</sup> Die Unzulässigkeit der Züchtigung des Kindes beruhte auch darauf, daß die §§ 677 ff BGB nicht zu Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit des Kindes ermächtigten. Daher durften Pflegepersonen, denen durch den Personensorgeberechtigten kein Züchtigungsrecht übertragen wurde, als Dritte nur im Weg der Notwehr (§§ 227 BGB, 32 StGB) gegen das Kind einschreiten.<sup>1403</sup>

## 2. Die Änderung des § 1631 II BGB a.F. durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz

§ 1631 II BGB n.F. bezweckt, die Rechte von Kindern zu verbessern und das Kindeswohl so gut wie möglich zu fördern. Die Verhinderung und Bekämpfung von Gewalt gegen Kinder erfordert gerade auch eine Konkretisierung des Leitbilds für die Erziehung. Denn § 1631 II BGB a.F. verfehlte nach fast unbestrittener Ansicht sein Ziel, zulässige und unzulässige Maßnahmen gegeneinander abzugrenzen. Um diesem Mißstand abzuhelpen, wurde in der 12. Legislaturperiode (1990 - 1994) der Entwurf eines Mißhandlungsverbotsgesetzes im Bundestag eingereicht, jedoch *nicht* verabschiedet.<sup>1404</sup>

§ 1631 II 1 des *Entwurfs des Bundesrats* zum Kindschaftsrechtsreformgesetz legte die gewaltfreie Erziehung als Prinzip fest und verdeutlichte in unmißverständlicher Weise, daß eine am Grundgesetz orientierte Erziehung *jeglicher Gewaltanwendung* entgegensteht. In § 1631 II 2 des Entwurfs wurde der in Strafrechtsnormen gebrauchte Terminus "Mißhandlung" bewußt nicht verwendet, weil juristische Laien sich unter einer Mißhandlung gewöhnlich einen besonders gravierenden Eingriff in die körperliche Unversehrtheit vorstellen. Vor allem dann, wenn es um elterliche Rechte und Pflichten geht, sollte sich die Gesetzessprache solcher Ausdrücke bedienen, die regelmäßig auch von juristischen Laien richtig verstanden werden. Aus diesem Grund wurden die verbotenen Maßnahmen mit den Formulierungen "Körperstrafen" und "seelische Verletzungen" näher umschrieben. Zusätzlich wurden im Entwurf des Bundesrats sonstige entwürdigende und daher unzulässige Maßnahmen genannt, damit die Selbstachtung und das Ehrgefühl von Kindern in ihrer

<sup>1401</sup>MüKo-BGB-Hinz, § 1631, 24, Fn 41; RG, JW 1917, 656

<sup>1402</sup>MüKo-BGB-Hinz, § 1631, 25, Fn 44; OLG Saarbrücken, NJW 1963, 2379

<sup>1403</sup>MüKo-BGB-Hinz, § 1631, 25

<sup>1404</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 153

Gesamtheit vor Verletzungen geschützt und ihre ungestörte seelische Entwicklung gefördert wird.<sup>1405</sup>

Die *Bundesregierung* lehnte zwar den Formulierungsvorschlag des Bundesrats mit dem Argument *ab*, daß dieser das bis dahin geltende Recht nicht im Sinn größerer Klarheit oder Bürgernähe nennenswert verbessern könne. Die ablehnende Haltung wurde damit begründet, daß der Gewaltbegriff in ähnlicher Weise wie der Mißhandlungsbegriff in der Umgangssprache anders als in der juristischen Fachsprache ausgelegt werde. Sogar in der juristischen Fachsprache bereite der Gewaltbegriff beträchtliche Schwierigkeiten. Außerdem seien die Termini "Körperstrafe" und "seelische Verletzung" ungenau.<sup>1406</sup>

Dies bedeutet jedoch andererseits, daß sich die Bundesregierung in inhaltlicher Hinsicht mit dem Vorschlag des Bundesrats für eine Neufassung des § 1631 II BGB a.F. einverstanden erklärte, das heißt ein Züchtigungsverbot ebenfalls befürwortete.

§ 1631 II BGB wurde daraufhin durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz, also in der 13. Legislaturperiode, wie folgt gefaßt: "Entwürdigende Erziehungsmaßnahmen, *insbesondere körperliche und seelische Mißhandlungen*, sind unzulässig".

Daher unterliegt der Inhaber der elterlichen Sorge nunmehr einem Mißhandlungsverbot gem. § 1631 II BGB n.F.

Unter einer *körperlichen Mißhandlung* versteht man eine üble, unangemessene Behandlung, die entweder das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht lediglich unerheblich beeinträchtigt.<sup>1407</sup> Hierzu gehören beispielsweise eine Ohrfeige<sup>1408</sup> oder ein Faustschlag ins Gesicht.<sup>1409</sup>

Den Begriff der *seelischen Mißhandlung* findet man dagegen bislang weder im StGB noch - soweit ersichtlich - in einer anderen einfachgesetzlichen Rechtsnorm. Jedoch bestimmt Art. 104 I 2 GG: "Festgehaltene Personen dürfen weder *seelisch* noch körperlich *mißhandelt* werden". Es bietet sich daher an, die Definition der seelischen Mißhandlung im Rahmen des Art. 104 I 2 GG auch im Rahmen des § 1631 II BGB n.F. heranzuziehen. Unter einer seelischen Mißhandlung i.S.v. Art. 104 I 2 GG versteht man eine *entehrende oder entwürdigende Behandlung* jeglicher Art. Eine derartige Behandlung kann unter anderem bestehen in Beleidigungen, im Bloßstellen, im Vorenthalten der Post, in ohne Notwendigkeit durchgeführten psychologischen Testversuchen, dem völligen Entzug von

<sup>1405</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 153

<sup>1406</sup>BT-Drucksache 13/4899, S. 168

<sup>1407</sup>Dreher/Tröndle, § 223, 3; BGHSt 14, 269; BayObLG, NJW 1970, 769

<sup>1408</sup>Dreher/Tröndle, § 223, 3; NJW 1990, 3157

<sup>1409</sup>Dreher/Tröndle, § 223, 3; OLG Düsseldorf, NJW 1994, 1232

Literatur, vor allem aber auch in Maßnahmen, die sich gezielt gegen die freie Willensbildung oder das Erinnerungsvermögen richten.<sup>1410</sup>

Daher verbietet § 1631 II BGB n.F. den Eltern meines Erachtens auch Maßnahmen, die darauf abzielen, einen entgegenstehenden Willen des Kindes mit Zwangsmitteln zu brechen, beispielsweise die zwangsweise Herausnahme des Kindes aus einer Pflegestelle.

### **3. Die Auswirkungen der Änderung des § 1631 II BGB a.F. auf die Pflegeeltern**

Das Züchtigungsverbot gem. § 1631 II BGB n.F. findet auch auf die Pflegeeltern Anwendung, unabhängig davon, ob sie zu Vormündern oder Pflegern des Kindes bestellt wurden oder nicht:

- In ihrer Eigenschaft als Personensorgeberechtigte unterliegen auch Vormünder kraft Verweisung gem. § 1800 BGB und Pfleger kraft Verweisung gem. §§ 1915 I, 1800 BGB dem Züchtigungsverbot gem. § 1631 II BGB n.F.
- Da für den Inhaber der Personensorge in jedem Fall das Züchtigungsverbot gem. § 1631 II BGB n.F. gilt und niemand mehr Rechte zur Ausübung übertragen kann als ihm selbst zustehen, darf auch Pflegepersonen, die weder zum Vormund noch zum Pfleger bestellt wurden, die Ausübung des Züchtigungsrechts nicht übertragen werden.

Deshalb steht Pflegeeltern in jedem Fall das Recht, gegen das Kind einzuschreiten, nur noch im Weg der Notwehr (§§ 227 BGB, 32 StGB) zu.

## **G. Die Unzulässigkeit der Gewaltanwendung gegen Kinder zur Durchsetzung von Herausgabeentscheidungen und von Umgangsrechten gem. § 33 II 2 FGG bzw. § 1631 II BGB**

### **1. Die bisher vertretenen Lehrmeinungen zur Zulässigkeit einer Gewaltanwendung gegen Kinder**

Seit Jahrzehnten herrschten in der Rechtsprechung und Literatur Meinungsunterschiede hinsichtlich der Frage, ob und inwieweit zur Durchsetzung von Herausgabeentscheidungen und Umgangsrechten Gewalt gegen Kinder angewendet werden darf. Die Zulässigkeit der Gewaltanwendung wurde teilweise generell verneint, teilweise generell, teilweise nur im Grundsatz bejaht.

*Eine Ansicht bejahte eine uneingeschränkte Durchsetzbarkeit von Herausgabeentscheidungen*

---

<sup>1410</sup>Maunz/Dürig-Dürig, Art. 104, 22

und Umgangsrechten und argumentierte mit dem gewollten Ergebnis, daß *gerichtliche Entscheidungen* auch durchsetzbar sein müßten.<sup>1411</sup>

Der *zweite* Lösungsansatz leitete die Gewaltbefugnisse des Gerichtsvollziehers aus dem in § 1631 I BGB geregelten Sorge- und Aufenthaltsbestimmungsrecht des Inhabers der Personensorge ab.<sup>1412</sup> Es wurde argumentiert, daß, da der körperliche Zwang dem Kindeswohl diene, der Inhaber der Personensorge selbst Gewalt ausüben dürfe, so daß es sich hierbei um sein verfassungsrechtlich garantiertes Erziehungsrecht aus Art. 6 II 1 GG handele.<sup>1413</sup> Deshalb sollte der Inhaber der Personensorge das Recht besitzen, seine Zwangsbefugnisse *auf den Gerichtsvollzieher zu übertragen*.

Unberücksichtigt blieb bei dieser Konstruktion, daß das verfassungsrechtlich garantierte Erziehungsrecht ein dem Grundrechtsträger höchstpersönlich zustehendes Recht ist und daher nicht auf einen Gerichtsvollzieher übertragen werden darf.

Das Verfassungsrecht sieht *keine Delegation der Grundrechtsausübung* auf Dritte vor, vor allem nicht *auf staatliche Stellen*. Dem Staat fällt allein die Aufgabe zu, dafür zu sorgen, daß den Grundrechtsträgern die Ausübung der Grundrechte ermöglicht wird, er muß hierfür das Verfahren und erforderlichenfalls finanzielle Hilfen zur Verfügung stellen.<sup>1414</sup>

Ebensowenig konnten sorgerechtliche Befugnisse in treuhänderischer Weise auf einen Gerichtsvollzieher delegiert werden, so daß diesem nicht gem. § 1631 I BGB die Gewaltanwendung gestattet werden durfte; denn die Rechtsordnung kennt nur einen einzigen Fall, der im Grundrechtsbereich als "*Grundrechtstreuhand*" bezeichnet werden kann, nämlich eine *elterliche Sachwaltertätigkeit* bezüglich der Grundrechte der Kinder.<sup>1415</sup> Diese treuhänderische Tätigkeit eignet sich als Ausnahmekonstruktion nicht für eine Analogie, weil die *Inhaber des Sorgerechts* anders als die nicht voll geschäftsfähigen und lediglich entsprechend ihrem Alter körperlich und geistig entwickelten Kinder *selbst* die Fähigkeit besitzen, ihr Elternrecht wahrzunehmen mit der Folge, daß sie keine Treuhänder benötigen. Daher durfte die Gewaltanwendung nicht als Sachwaltertätigkeit betrachtet werden.

Eine *dritte* Rechtsauffassung befürwortete die zwangsweise Durchsetzbarkeit von Herausgabeentscheidungen und Umgangsrechten nur im Grundsatz und beschränkte die Durchsetzbarkeit im Licht der *Verhältnismäßigkeit*, des *Kindeswohls* und der *Grundrechte des Kindes*. Dem *Alter* und der *Grundrechtsmündigkeit* des Kindes müsse dadurch Rechnung

<sup>1411</sup>Diercks, FamRZ 1994, 1226, 1230

<sup>1412</sup>Diercks, FamRZ 1994, 1226, 1228, Fn 29

<sup>1413</sup>OLG Hamm, DAV 1975, 159; KG, FamRZ 1966, 155, 157; Diercks, FamRZ 1994, 1226, 1228, Fn 30

<sup>1414</sup>Isensee/Kirchhof, § 113, Rz 4 ff; Diercks, FamRZ 1994, 1226, 1229, Fn 50

<sup>1415</sup>Ossenbühl, FamRZ 1977, 533; Diercks, FamRZ 1994, 1226, 1229, Fn 53

getragen werden, daß das Gericht die Grundrechte des Kindes gem. Art. 2 I GG gegen diejenige seiner leiblichen Eltern gem. Art. 6 II GG abzuwägen habe.<sup>1416</sup> Auf eine Gewaltanwendung gegen das sich widersetzende Kind müsse verzichtet werden, falls es grundrechtsmündig im Sinn von Art. 1 I, 2 I GG sei.<sup>1417</sup>

Jedoch verkannte auch diejenige Rechtsauffassung, die die zwangsweise Durchsetzung von Herausgabeentscheidungen und Umgangsrechten lediglich im Grundsatz für zulässig hielt, daß die Rechtsordnung keinen Grundsatz kennt, daß alle Gerichtsentscheidungen gewissermaßen "automatisch" auch vollstreckt werden dürfen, sondern daß vielmehr *das Erkenntnis- und das Vollstreckungsverfahren zwei getrennte Ebenen* bilden. Wie § 888 II ZPO zeigt, schränkt nicht nur das Verfassungsrecht, sondern auch das einfache Verfahrensrecht die Vollstreckbarkeit gerichtlicher Entscheidungen ein.

Der *vierte* Lösungsansatz leitete die Gewaltbefugnisse des Gerichtsvollziehers aus der Kombination des § 33 II FGG a.F. mit dem § 1631 I BGB ab.<sup>1418</sup> Man argumentierte, daß § 33 II FGG a.F. eine *Gewaltbefugnis auch gegen andere Personen als den Vollstreckungsschuldner* verleihe; denn aus dem Zwangsvollstreckungsrecht der ZPO (§ 758 III ZPO) könne die Regel abgeleitet werden, daß Zwang auch gegen andere Personen als den Vollstreckungsschuldner angewendet werden dürfe.

Damit wurde verkannt, daß es sich bei § 758 III ZPO um eine Ausnahmenorm handelt, die sich nicht für eine Analogie eignet und nicht auf das Verfahren in der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen werden darf.<sup>1419</sup>

Die *fünfte* Variante lehnte die Gewaltanwendung durch den Gerichtsvollzieher gegen das Kind ab, weil eine systematische Interpretation ergäbe, daß § 33 II FGG a.F. eine *Gewaltanwendung nur gegenüber dem Vollstreckungsgegner* erlaube. Denn aus § 33 I und II 1 FGG und § 33 I 3 FGG a.F., wonach sonstige Zwangsmittel und die Kostentragungspflicht allein den Vollstreckungsgegner treffen, folgte, daß der Gesetzgebers sie nicht gegen Dritte zuließe.<sup>1420</sup> § 33 II 1 FGG müßte man im Zusammenhang mit § 33 I und III FGG a.F. sehen mit der Folge, daß die Anwendung von Gewalt gegen Kinder unzulässig sei. Das gesamte Zwangsvollstreckungsrecht ermächtigte im Grundsatz lediglich zu Zwangsmitteln gegen den Vollstreckungsgegner. Im FGG fänden sich keine Rechtsnormen, die Gewalt gegen andere Personen als den Vollstreckungsgegner zuließen. Im Zwangsvollstreckungsrecht der ZPO stellte § 758 III ZPO, der den Gerichtsvollzieher,

<sup>1416</sup> BayObLG, FamRZ 1985, 737, 738 ff; Diercks, FamRZ 1994, 1226, 1227, Fn 15

<sup>1417</sup> BayObLG, NJW-RR 1986, 3; Bumiller/Winkler, § 33, 4

<sup>1418</sup> Wieser, FamRZ 1990, 693, 695; Diercks, FamRZ 1994, 1226, 1229, Fn 54

<sup>1419</sup> Diercks, FamRZ 1994, 1226, 1229, 1230

<sup>1420</sup> Diercks, FamRZ 1994, 1226, 1227

falls er bei der Durchsuchung der Wohnung des Schuldners auf Widerstand stößt, generell zur Anwendung von Gewalt und folglich auch zur Gewalt gegen Dritte ermächtigt, die einzige *Ausnahme* dar. Hiernach dürfte der Gerichtsvollzieher ohne Rücksicht auf die Höhe der titulierten Forderung gegen den Dritten vorgehen, der dem Schuldner zur Hilfe kommt.<sup>1421</sup> Aus § 758 III ZPO dürfte man nicht ohne weiteres den Schluß ziehen, daß der nach dem FGG vollstreckende Gerichtsvollzieher das Recht besitze, gegen das herauszugebende Kind Gewalt anzuwenden. Das FGG solle in Anpassung der Rechtsnormen der ZPO die Besonderheiten einzelner Rechtsgebiete in Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren berücksichtigen.<sup>1422</sup> Deshalb dürften die Rechtsnormen der ZPO nicht blindlings übernommen werden. § 758 III ZPO besitze auch in der ZPO den Ausnahmecharakter einer *Spezialnorm*, der darauf beruhe, daß er in den Fällen der §§ 809, 886 ZPO keine Anwendung finde,<sup>1423</sup> das heiße, in denjenigen Fällen, in denen sich die zu pfändende Sache im Gewahrsam eines Dritten befinde. Bei § 758 III ZPO handele es sich um eine Ausnahmenorm, die sich nicht für eine Analogie eigne und nicht auf das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen werden könne.<sup>1424</sup> Andere Rechtsnormen, die nicht zum Zwangsvollstreckungsrecht zählten, hätten bei der systematischen Erschließung des § 33 II FGG außer Betracht zu bleiben.<sup>1425</sup> Außerdem ließe sich dem § 33 II FGG a.F. nicht entnehmen, daß der Gesetzgeber die Gewaltanwendung auch gegenüber den herauszugebenden Kindern zulassen wollte. Hiergegen spreche vielmehr die systematische Interpretation, die es verbiete, den Zwang nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit zuzulassen. Daher gestattete § 33 a II FGG a.F. keine Gewaltanwendung des Gerichtsvollziehers gegenüber den herauszugebenden Kindern.<sup>1426</sup> Einer anderen Interpretation des § 33 II FGG a.F. stünde entgegen, daß sie im Widerspruch zu den vom BVerfG aufgestellten Prinzipien zur Auslegung von Gesetzen gestanden hätte.<sup>1427</sup> Denn Gegenstand der Interpretation sei der Wille des Gesetzgebers in der Weise, wie er im Gesetz zum Ausdruck komme.<sup>1428</sup>

Somit konnte richtigerweise bereits vor dem Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes Gewaltbefugnisse des Gerichtsvollziehers gegen ein Kind auf keine einfachgesetzliche Rechtsnorm gestützt werden; die Einfügung des § 33 II 2 FGG n.F. hat demzufolge nur klarstellende Bedeutung.

<sup>1421</sup>Diercks, FamRZ 1994, 1226, 1228

<sup>1422</sup>Habscheid, S. 22 ff

<sup>1423</sup>Thomas/Putzo, § 758, 18

<sup>1424</sup>Diercks, FamRZ 1994, 1226, 1230

<sup>1425</sup>Diercks, FamRZ 1994, 1226, 1228

<sup>1426</sup>OLG Hamm, DAV 1975, 156, 160; OLG Celle, FamRZ 1994, 1129; Diercks, FamRZ 1994, 1226, 1228, Fn 28

<sup>1427</sup>BVerfGE 1, 299, 312; 10, 234, 244; 11, 126, 130 ff

<sup>1428</sup>BVerfGE 11, 126, 130

## 2. Die Unzulässigkeit von Gewaltanwendung gegen ein Kind zur Durchsetzung von Umgangsrechten gem. § 33 II 2 FGG n.F. und zur Durchsetzung von Herausgabeansprüchen

Gem. § 33 II 1 FGG alter wie neuer Fassung darf das Gericht im Rahmen der Vollstreckung einer Entscheidung auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Anwendung von Gewalt unter anderem dann anordnen, wenn die Herausgabe einer Person nur unter Anwendung von Gewalt durchgeführt werden kann, ebenso bei Gefahr im Verzug und bei der Unmöglichkeit, ein Zwangsgeld einzubringen, wobei die Anordnung von Gewalt unabhängig von den in § 33 I FGG vorgesehenen Zwangsmitteln erfolgen kann. Die Herausgabe eines Kindes aufgrund einer Herausgabeentscheidung im Sinn von § 1632 I BGB ist einer der Hauptanwendungsfälle des § 33 II FGG.<sup>1429</sup>

Eine Gewaltanwendung gegen ein Kind selbst darf nach dem am 01.07.1998 in Kraft getretenen § 33 II 2 FGG ausdrücklich nicht zugelassen werden, wenn das Kind herausgegeben werden soll, um das Umgangsrecht auszuüben.

Im Umkehrschluß läßt sich entnehmen, daß eine Gewaltanwendung in Fällen von *Notwehr oder Notstand* (§§ 227 BGB, 32 StGB, 150 OWiG; §§ 33 StGB, 19 III OWiG) nicht rechtswidrig ist.

Den Begriff "*Gewalt*", insbesondere *gegen Kinder*, definiert das FFG selbst nicht.

Nachdem aber schon vor der Kindschaftsrechtsreform zum Teil die Rechtsauffassung vertreten wurde, Gewaltanwendung gegen Kinder sei unzulässig, ging man davon aus, Kindern von *unter zehn bis unter vierzehn Jahren* fehlte die Fähigkeit, hinsichtlich des Aufenthalts einen eigenen Willen zu bilden und zu äußern.<sup>1430</sup> Da Gewaltanwendung dazu diene, einen entgegenstehenden Willen zu brechen, könne hiervon bei Kleinkindern keine Rede sein. Daher übe der Gerichtsvollzieher gegenüber Kleinkindern keinen Zwang im Sinn von § 33 FGG aus, selbst wenn diese situationsbedingt schrien und sich wehrten. Allerdings könne die Entscheidung darüber, ob das Kind einen entgegenstehenden Willen habe oder nicht, dem Gerichtsvollzieher im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten.<sup>1431</sup> Diese Rechtsauffassung wurde bisher nicht revidiert. Somit bleibt zu prüfen, wo Gewalt gegenüber älteren Kindern beginnt und ob einer der bekannten Gewaltbegriffe der Intention des Gesetzgebers entspricht.

<sup>1429</sup> Bumiller/Winkler, § 33, 4

<sup>1430</sup> KG, FamRZ 1966, 155; Amtsgericht Springe, NJW 1978, 834

<sup>1431</sup> Kropp, DRiZ 1979, 118, 119



Naheliegend wäre da zunächst ein Gewaltbegriff aus einem Bereich, der - ähnlich wie § 33 FGG - ein Über- und Unterordnungsverhältnis betrifft, nämlich dem Polizeirecht.

*Art. 61 I und II BayPAG bestimmen:*

*"Unmittelbarer Zwang ist die Einwirkung auf Personen oder Sachen durch körperliche Gewalt, ihre Hilfsmittel und auch Waffen. Körperliche Gewalt ist jede unmittelbare körperliche Einwirkung auf Personen oder Sachen".* Die Absätze III und IV zählen beispielhaft Hilfsmittel und abschließend gesondert Waffen auf, die für den Gebrauch durch die Polizei zugelassen sind.<sup>1432</sup> Dieser Gewaltbegriff umfaßt nur rein körperliche Gewalt, nicht Gewalt mit Hilfsmitteln oder Gewalt mit Waffen. Die Verwendung dieses Gewaltbegriffs würde es ermöglichen, gegen einen Jugendlichen mit der gefährlichsten und damit nachdrücklichsten Form des unmittelbaren Zwangs vorzugehen. Zweckmäßiger wäre da schon der im Art. 61 BayPAG verwendete Begriff des "unmittelbaren Zwangs". Doch dürfte selbst dann noch auf ein älteres Kind mit Waffen vorgegangen werden, die nicht einmal für den Gebrauch durch die Polizei zugelassen sind. Somit kann die Begriffsdefinition des Polizeirechts nur in beschränktem Umfang weiterhelfen.

Der Begriff Gewalt wird auch noch im StGB verwendet. § 240 StGB (Nötigung) verbietet unter gewissen Umständen die Anwendung von Gewalt oder einer Drohung, um die Willensfreiheit eines anderen zu beeinflussen. Weil das Gesetz selbst diesen Gewaltbegriff nicht beschrieb, sondern nur zwischen Gewalt und Drohung mit einem empfindlichen Übel unterschied, entwickelten Rechtsprechung und Lehre Gewaltbegriffe. Danach verstand man zunächst unter Gewalt irgendeine Handlung, die die Willensbetätigung eines anderen beeinflußt. Dem *Grundsatz der Bestimmtheit des gesetzlichen Tatbestands* entsprechend erfolgte die notwendige Einschränkung mit dem Hinweis auf die Verwerflichkeit der Zweck-Mittel-Relation in § 240 II StGB.

Der derzeit geltende Gewaltbegriff ist enger und bestimmter und lautet: Unter *Gewalt* versteht man den körperlich wirkenden Zwang als Mittel zur Überwindung eines tatsächlich geleisteten oder erwarteten Widerstands durch Kraftentfaltung oder in einer anderen Weise, die als Zufügung eines gegenwärtigen Übels nach ihrer Zielrichtung, Intensität und Wirkungsweise dazu dient und geeignet ist, die Freiheit der Willensentschließung oder Willensbetätigung eines anderen zu beschneiden oder aufzuheben.<sup>1433</sup>

Zur Gewalt zählen nicht bloß die beeinflussende, den Willen beugende Gewalt (*vis compulsiva*), die den Willen des Genötigten in die gewollte Richtung lenkt,<sup>1434</sup> sondern vor

---

<sup>1432</sup>Berner/Köhler, Art. 61, 5

<sup>1433</sup>Wessels, § 8 III 2, S. 77; BGHSt 1, 145; 8, 102; 19, 263; 23, 46 und 126; 25, 237; BGH, NStZ 1981, 630 und 1982, 158

<sup>1434</sup>Dreher/Tröndle, § 240, 13; RGSt 60, 157

allem auch die überwältigende Gewalt (*vis absoluta*), die den Willen des Tatopfers gänzlich eliminiert, indem sie es beispielsweise festhält<sup>1435</sup> oder betäubt. - Als Mittel, das nicht durch Kraftentfaltung beim Täter, sondern in *anderer Weise* den Willen eines anderen beeinflusst, versteht man ein Mittel, das durch körperliche (nicht psychische) Einwirkung beim Opfer eine Zwangslage herbeiführt.

Gem. der heutigen Definition gehören zu den Erscheinungsformen der Gewalt:

das Einsperren in einen geschlossenen Raum,<sup>1436</sup>

das Versperren des Wegs,<sup>1437</sup>

das Werfen von Stinkbomben,<sup>1438</sup>

die gewaltlose Beibringung von Betäubungs- oder Schlafmitteln,<sup>1439</sup>

das Aushängen der Fenster (Gewalt an Sachen, die sich unmittelbar physisch auf die Person des Genötigten auswirkt),<sup>1440</sup>

das Sperren der Wasser- oder Stromzufuhr (körperlich vermittelter Zwang),<sup>1441</sup>

das Zudrehen der Heizung (körperlich vermittelter Zwang),

die Abgabe von Schreckschüssen (die Zwangswirkung wird zwar psychisch vermittelt, wegen der psychosomatischen Auswirkungen aber auch körperlich empfunden),<sup>1442</sup>

das Richten einer durchgeladenen und entscherten Pistole mit dem Finger am Abzugsbügel auf den Genötigten.<sup>1443</sup>

*Nicht als Gewalt* gilt das Quälen eines Haustieres, um den Willen des Kindes zu beugen, weil dadurch nicht körperlich auf das Kind eingewirkt wird; gem. § 18 II TierSchG handelt es sich aber um eine Ordnungswidrigkeit.

Meines Erachtens ist der im Rahmen des § 240 StGB entwickelte Gewaltbegriff relativ bestimmt und praktikabel und trifft in etwa das, was allgemein unter Gewalt verstanden wird. Dieser Gewaltbegriff könnte daher auch im Rahmen des § 33 II 2 FG n.F. angewendet werden.

§ 33 II 2 FG n.F. verbietet die Gewaltanwendung *expressis verbis* zwar nur, wenn das Kind herausgegeben werden soll, um das Umgangsrecht auszuüben. Da diese Bestimmung - wie dargelegt - aber nur klarstellende Bedeutung besitzt und gem. systematischer Auslegung

---

<sup>1435</sup>RGSt 4, 429

<sup>1436</sup>Dreher/Tröndle, § 240, 7; BGHSt 20, 194

<sup>1437</sup>OLG Köln, VRS 75, 104

<sup>1438</sup>BGHSt 5, 245

<sup>1439</sup>Dreher/Tröndle, § 240, 8

<sup>1440</sup>Dreher/Tröndle, § 240, 9

<sup>1441</sup>Dreher/Tröndle, § 240, 9; OLG Karlsruhe, MDR 1959, 233

<sup>1442</sup>Dreher/Tröndle, § 240, 11

<sup>1443</sup>Schroeder, JuS 1982, 492; Dreher/Tröndle, § 240, 11

des § 33 FGG Gewalt nur gegen den Vollstreckungsgegner selbst, nicht auch gegen Dritte angewendet werden darf, darf *weiterhin ebensowenig Gewalt gegen ein Kind* oder einen Jugendlichen *zur Durchsetzung von Herausgabeentscheidungen* angewendet werden.

Außerdem verbietet bereits § 1631 II BGB n.F. die Gewaltanwendung gegen ein Kind zur Durchsetzung einer Herausgabeentscheidung; denn diese Vorschrift untersagt dem Inhaber der elterlichen Sorge seelische Mißhandlungen jeglicher Art und ist kraft Verweisung gem. § 1800 BGB und gem. §§ 1915 I, 1800 BGB auch auf Vormünder und Pfleger anwendbar. Deshalb kann kein Sorgeberechtigter ein "Recht zur Gewaltanwendung" in der Form der seelischen Mißhandlung eines Kindes auf einen Gerichtsvollzieher oder eine sonstige staatliche Einrichtung übertragen.

### 3. Die Bedeutung der Einfügung des § 33 II 2 FGG n.F. für die Pflegeeltern

Obwohl sich die Einfügung des § 33 II 2 FGG n.F. nur auf das Kind bezieht, wirkt sie sich auch auf die Pflegepersonen aus. Denn die Einfügung des § 33 II 2 FGG hat zur Folge, daß die Pflegeeltern ihre Herausgabepflicht gem. § 1632 I BGB faktisch nicht mehr zu erfüllen haben, wenn das zur eigenen Willensbildung und Willensäußerung fähige Kind sich gegen die Vollstreckung einer Herausgabeentscheidung gem. § 1632 III BGB zur Wehr setzt. In ähnlicher Weise befreit ein Widerstand seitens des Kindes, das die Fähigkeit besitzt, sich einen eigenen Willen zu bilden und diesen zu äußern, die Pflegeperson faktisch von der Pflicht, den Umgang der leiblichen Eltern mit dem Kind gem. § 1684 II 2 BGB n.F. und den Umgang der umgangsberechtigten nichtelterlichen Bezugspersonen mit diesem gem. §§ 1685 III, 1684 II 2 BGB n.F. zu dulden.

Hingegen dürfen, falls *das Kind keinen* Widerstand leistet, unverändert gem. §§ 33 FGG *Zwangsmittel gegen die Pflegeeltern* angewendet werden. Entgegen von im Gesetzgebungsverfahren erhobenen Forderungen<sup>1444</sup> blieb es dabei, daß gegen Pflegepersonen, die gerichtliche Anordnungen hinsichtlich des Umgangsrechts nicht beachten, von Zwangsmitteln Gebrauch gemacht werden darf.<sup>1445</sup> Dies erscheint auch unbedingt erforderlich, da die Befolgung gerichtlicher Anordnungen, falls das Gericht nicht gem. § 1684 IV BGB n.F. den *Vollzug* materiell-rechtlich *eingeschränkt oder ausgeschlossen* hat, nicht allein von der Gutwilligkeit der Betroffenen abhängen darf, sondern das gerichtliche Verfahren der materiellen Rechtsposition zur Durchsetzung verhelfen muß.<sup>1446</sup> Überdies gebietet auch Art. 8 EMRK eine wirksame Durchsetzung von Herausgabeentscheidungen und Umgangsrechten, wobei der EGMR jedoch bislang offengelassen hat, ob eine effektive Durchsetzung von

<sup>1444</sup>Büttner, FamRZ 1998, 585, 590, Fn 66; 59. DJT, E IV, FamRZ 1992, 1275, 1277

<sup>1445</sup>Büttner, FamRZ 1998, 585, 590

<sup>1446</sup>Büttner, FamRZ 1998, 585, 590, Fn 68; BVerfG, FamRZ 1993, 662

Herausgabeentscheidungen und Umgangsrechten, soweit dies erforderlich ist, auch die Anwendung von Zwangsmitteln einschließen muß.<sup>1447</sup>

## **Teil 5: Schluß**

### **1. Noch bestehende Verbesserungsbedürfnisse**

Mit § 1697 a BGB n.F. hat der Gesetzgeber das Kindeswohl zum Grundprinzip erhoben und so die Rechtsstellung des Pflegekinds entscheidend verbessert. Eine weitere Besserstellung verfolgte das Kindschaftsrechtsreformgesetz, indem es zum einen den seelischen Belangen des Pflegekinds, das heißt dessen gewachsenen Bindungen an die Pflegeeltern, und zum anderen den praktischen Bedürfnissen der Pflegepersonen, die Vertretungs- und Entscheidungsbefugnisse brauchten, Rechnung trug. Der Kompetenzbereich des Familiengerichts wurde erweitert, das Kind erhielt einen Verfahrenspfleger und die Zulässigkeit von Rechtsmitteln wurde an die Beachtung von Fristen geknüpft. Die für die rechtliche Stellung von Pflegekind und Pflegeeltern maßgebenden Vorschriften hat der Gesetzgeber den verschiedenen einschlägigen Rechtsbereichen zugeordnet.

Nun gilt es, die vorhandenen Regelungen in einer Weise anzuwenden, die dem Kindesinteresse am meisten entspricht. Allerdings wird dem Praktiker die richtige Anwendung des geltenden Rechts dadurch erschwert, daß er ohne breites juristisches Basiswissen allein anhand des Gesetzestextes nur mit Mühe erkennen kann, was der Gesetzgeber will. Diesen Eindruck vermittelt auch Büttner, wenn er auf Kemper verweist, der schreibt: "Respekt jedem, der mit der Anwendung zahlreicher neuer Vorschriften keine Probleme hat".<sup>1448</sup> Deshalb täte der Gesetzgeber wohl gut daran, für Klarstellung zu sorgen. Die nachfolgenden Formulierungen und Anregungen könnten als Orientierungshilfe dienen.

### **2. Empfehlenswerte Maßnahmen zur Verbesserung der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit**

2.1 Zum Zweck der Klarstellung müßte *Art. 6 III GG* neu formuliert werden und könnte wie folgt lauten:

"Staatliche Maßnahmen, die mit der Trennung des Kindes von den Erziehungsberechtigten verbunden sind und die Begründung eines staatlichen Erziehungseinflusses zu Lasten der Erziehungsberechtigten bezwecken, sind nur zulässig, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn das Kind aus anderen Gründen zu verwahrlosen droht".

<sup>1447</sup>Fahrenhorst, FamRZ 1996, 454, 465, Fn 201; EGMR, Fall Hokkanen gegen Finnland, Urteil vom 23.09.1994, Serie A, Bd. 299 - A

<sup>1448</sup>Büttner, FamRZ 1998, 585, Fn 2; Kemper, DAV 1998, 215

*Begründung:* Bislang ist in der Literatur sowohl die Frage, ob eine Rückführung des Kindes von den Pflegepersonen zu dem Inhaber der elterlichen Sorge nach der Beendigung des Pflegeverhältnisses den Schutzbereich des Art. 6 III GG berührt, als auch die Frage, ob Art. 6 III GG in jedem Fall einer *Trennung* des Kindes von seinen Erziehungsberechtigten aus anderen Gründen als wegen des Versagens der Erziehungsberechtigten oder einer dem Kind aus anderen Gründen drohenden Verwahrlosung, beispielsweise *aus seuchen- oder ausländerrechtlichen Gründen*, entgegensteht, umstritten.

Richtigerweise müssen beide Fragen verneint werden, denn weder berührt eine Rückführung des Kindes von den Pflegepersonen zu dem Inhaber der elterlichen Sorge nach der Beendigung des Pflegeverhältnisses den Schutzbereich des Art. 6 III GG noch steht Art. 6 III GG in jedem Fall einer Trennung des Kindes von seinen Erziehungsberechtigten gegen deren Willen entgegen. Nur diejenigen staatlichen Maßnahmen, die ein Kind aus der Familiengemeinschaft herauslösen und bezwecken, zu Lasten der Eltern oder sonstiger Erziehungsberechtigten einen staatlichen Erziehungseinfluß zu begründen, fallen in den Schutzbereich des Art. 6 III GG.

Dies sollte im Rahmen des Art. 6 III GG klargestellt werden. Allerdings würde auch die vorgeschlagene, lediglich klarstellende Änderung des Art. 6 III GG gem. Art. 79 II GG sowohl im Bundestag als auch im Bundesrat eine *Zwei-Drittel-Mehrheit* voraussetzen.

2.2 § 1630 III BGB könnte lauten:

- (1) Geben die Eltern das Kind für längere Zeit in Familienpflege, so kann das Familiengericht auf Antrag *des Inhabers der elterlichen Sorge* oder der Pflegeperson Angelegenheiten der elterlichen Sorge *oder die elterliche Sorge im ganzen* auf die Pflegeperson übertragen, *solange das Pflegeverhältnis besteht*.
- (2) *Für die Übertragung auf Antrag des Inhabers der elterlichen Sorge ist die Zustimmung der Pflegeperson, für die Übertragung auf Antrag der Pflegeperson die Zustimmung des Inhabers der elterlichen Sorge erforderlich.*
- (3) *Sowohl der Antrag als auch die Zustimmung können durch einen Vertreter erfolgen.*
- (4) *Ist ein Elternteil in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedürfen weder sein Antrag noch seine Zustimmung der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters oder des für das Kind bestimmten Vormunds oder Pflegers.*
- (5) *Besteht bei gemeinsamem Sorgerecht zwischen den Eltern Uneinigkeit hinsichtlich der Stellung eines Antrags oder der Erteilung der Zustimmung, so findet § 1628 Anwendung.*
- (6) Im Umfang der Übertragung hat die Pflegeperson die Rechte und Pflichten eines Pflegers.

*Begründung:*

Zu (1): Auch nach der Neufassung durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz erweckt § 1630 III 1 BGB den Eindruck, daß die leiblichen oder Adoptiveltern *in jedem Fall* ein Antragsrecht hinsichtlich der Übertragung sorgerechtllicher Befugnisse besäßen, unabhängig davon, ob ihnen das Sorgerecht für das betreffende Kind zusteht oder nicht. Tatsächlich steht aber *nur dem Inhaber der elterlichen Sorge* ein Antragsrecht gem. § 1630 III 1, F. 1 BGB zu, nicht dagegen einem Elternteil, dem das Sorgerecht fehlt, wie zum Beispiel dem nicht mit der Mutter verheirateten Vater im Fall des § 1626 a II BGB n.F.

Des weiteren verleitet § 1630 III 1 BGB nach wie vor zu der irrigen Annahme, daß *lediglich einzelne Sorgerechtsangelegenheiten* übertragen werden dürfen. In Wirklichkeit kann jedoch *auch die elterliche Sorge im ganzen* übertragen werden.

Bislang äußerte sich § 1630 III BGB nicht zum zulässigen Zeitpunkt für die Übertragung sorgerechtllicher Befugnisse. Aus der Formulierung "Geben die Eltern das Kind für längere Zeit in Familienpflege, ..." wurde vereinzelt der Schluß gezogen, daß die Übertragung *allein bei der Inpflegungabe*, nicht aber später erfolgen dürfe. Tatsächlich kann die Übertragung erfolgen, *solange das Pflegeverhältnis* besteht.

Zu (2): Bis heute herrscht Streit hinsichtlich der Frage, ob sorgerechtlliche Befugnisse *auch ohne die Zustimmung der Pflegeperson* übertragen werden dürfen. Richtigerweise steht, solange das geltende einfache Gesetzesrecht eine Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten ohne die Zustimmung der Pflegeperson nicht ausdrücklich gestattet, bereits die allgemeine Handlungsfreiheit der Pflegeperson aus Art. 2 I GG einer Übertragung sorgerechtllicher Befugnisse ohne deren Zustimmung entgegen.

Zu (3): Obwohl im Grundsatz alle Rechtshandlungen nichthöchstpersönlicher Natur von einem Vertreter vorgenommen werden dürfen, ist in der Literatur immer noch umstritten, ob der *Antrag* auf die Übertragung sorgerechtllicher Befugnisse gem. § 1630 III 1 BGB oder die *Zustimmung* hierzu gem. § 1630 III 2 BGB durch einen *Vertreter* erfolgen können.

Zu (4): Da die Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten gem. § 1630 III BGB ein wesensgleiches Minus zu einer Adoption darstellt und ein beschränkt geschäftsfähiger Elternteil gem. § 1750 III 2 BGB entgegen der Grundregel des § 107 BGB zur Einwilligung in eine Adoption nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf, kann ein *beschränkt geschäftsfähiger Elternteil* erst recht die Übertragung sorgerechtllicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB *ohne die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters* sowohl selbst *beantragen als auch* einer solchen Übertragung *zustimmen*. Dennoch läßt sich dies dem Wortlaut des § 1630 III BGB bislang nicht entnehmen.

Ähnliches gilt hinsichtlich des fehlenden Erfordernisses der Zustimmung des aufgrund der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Elternteils für das *Kind* bestellten Vormunds oder Pflegers. Denn weil es sich bei der Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB um ein wesensgleiches Minus zu einer Adoption handelt und ein beschränkt geschäftsfähiger Elternteil ohne die Zustimmung des für das Kind bestellten Vormunds oder Pflegers wirksam in die Adoption des Kindes einwilligen kann, darf ein beschränkt geschäftsfähiger Elternteil entgegen dem Grundsatz "nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet" erst recht die Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten gem. § 1630 III BGB *ohne die Zustimmung des für das Kind bestellten Vormunds oder Pflegers* sowohl selbst beantragen als auch einer derartigen Übertragung *zustimmen*. Jedoch regelt § 1630 III BGB diese Frage bisher nicht ausdrücklich.

Zu (5): Bis heute ist umstritten, ob auch ein *Dissens zwischen gemeinsam sorgeberechtigten Eltern* hinsichtlich der Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse gem. § 1630 III BGB in den Anwendungsbereich des § 1628 BGB fällt, wonach das Familiengericht im Fall eines elterlichen Dissenses in einer für das Kind bedeutsamen Angelegenheit auf Antrag eines Elternteils die Entscheidung einem Elternteil übertragen kann. Richtigerweise findet § 1628 BGB auch auf die Übertragung von Sorgerechtsangelegenheiten gem. § 1630 III BGB Anwendung. Dies sollte im Rahmen des § 1630 III BGB klargestellt werden.

### 2.3 Änderungsvorschlag zu § 1685 I BGB:

- (1): Großeltern und Geschwister haben ein Recht auf Umgang mit dem Kind, wenn dieser dem Wohl des Kindes dient.
- (2) *Befinden sich Geschwister in der Obhut einer anderen Person als den Eltern, so hat diese alles zu unterlassen, was das Verhältnis der Geschwister zu dem Kind beeinträchtigt.*

*Begründung:*

Bereits nach geltendem Recht müssen, wenn sich Geschwister des Kindes in einer anderen Pflegestelle in Familienpflege befinden, deren Pflegepersonen den Umgang ihres Pflegekinds mit seinen in einer anderen Pflegestelle in Familienpflege befindlichen Geschwistern analog § 1004 BGB dulden. Weil aber die Ausübung des Umgangs als ein aktives Tun in Form von Besuchen, Telefonaten oder Briefkontakten<sup>1449</sup> gesehen wird, erwecken die §§ 1685 I und III, 1684 II 2 BGB n.F. den Eindruck, daß umgekehrt die Pflegeperson dem Kind den Besuch bei dessen Geschwistern nicht erlauben braucht; denn § 1685 BGB n.F. räumt dem Kind selbst in Bezug auf seine nichtelterlichen Bezugspersonen anders als § 1684 I, HS 1 BGB n.F. in Bezug auf seine leiblichen oder Adoptiveltern kein Umgangsrecht ein. Der Formulierungsvorschlag will diesem Umstand entgegenwirken.

*2.4 Änderungsvorschlag zu § 1685 III BGB:*

(1) § 1684 Abs. 2 bis 4 gilt entsprechend.

(2) *Bis zum Erlaß einer gerichtlichen Entscheidung im Sinn von § 1684 Abs. 4 besteht ein durch gerichtliche Entscheidung eingeräumtes Umgangsrecht in unbeschränktem Umfang fort.*

*Begründung:*

Gem. §§ 1685 III, 1684 IV 1 BGB n.F. darf das Umgangsrecht der in §§ 1685 I und II BGB n.F. genannten Personen (Großeltern, Geschwister, Ehegatten oder frühere Ehegatten eines Elternteils, ehemalige Pflegeeltern) durch gerichtliche Entscheidung eingeschränkt oder ausgeschlossen werden, wenn das Kindeswohl dies erfordert. Es fragt sich aber, ob für die §§ 1685 III, 1684 IV BGB n.F. überhaupt ein Anwendungsbereich bleibt, da die in § 1685 I und II BGB n.F. genannten Personen gem. § 1685 I und II BGB ein Umgangsrecht ohnehin lediglich in denjenigen Fällen besitzen, in denen der Umgang das Kindeswohl fördert, was von einem Gericht positiv festgestellt sein muß. Die Formulierung "wenn" anstelle von "soweit" im Halbsatz 2 des § 1685 I BGB n.F. deutet aber darauf hin, daß der Gesetzgeber hinsichtlich des Umgangsrechts der in § 1685 I und II BGB n.F. genannten nichtelterlichen Bezugspersonen offenbar ein "Alles-oder-Nichts-Prinzip" vertritt. Dies hat zur Folge, daß sobald eine gerichtliche Entscheidung den betreffenden in § 1685 I und II BGB n.F. genannten Person ein Umgangsrecht eingeräumt hat, dieses ohne Einschränkung aufrechterhalten bleibt, solange keine gerichtliche Entscheidung gem. §§ 1685 III, 1684 IV BGB n.F. ergangen ist. Im Rahmen des § 1685 III BGB n.F. sollte dies klargestellt werden.

*2.5 Änderungsvorschlag zu § 1688 I BGB:*


---

<sup>1449</sup>Beitzke/Lüderitz, § 27 V 1, S. 313



- (1) Lebt ein Kind für längere Zeit in Familienpflege, so ist die Pflegeperson berechtigt, in Angelegenheiten des täglichen Lebens *anstelle des Inhabers der elterlichen Sorge* zu entscheiden, sowie den Inhaber der elterlichen Sorge in solchen Angelegenheiten zu vertreten.
- (2) Sie ist befugt, den Arbeitsverdienst des Kindes zu verwalten, sowie Unterhalts-, Versicherungs-, Versorgungs- und sonstige Sozialleistungen für das Kind geltend zu machen und zu verwalten.
- (3) § 1629 Abs. 1 Satz 4 gilt entsprechend.
- (4) *In Rechtsgeschäften, zu denen der Inhaber der elterlichen Sorge der Genehmigung des Familiengerichts bedarf, haben die Pflegepersonen oder der Inhaber der elterlichen Sorge die Genehmigung des Familiengerichts einzuholen; die Genehmigung ist dem Inhaber der elterlichen Sorge gegenüber zu erteilen und der Pflegeperson bekanntzugeben.*
- (5) *Steht im Fall des § 1751 Abs. 1, Satz 5 das Kind unter der Vormundschaft oder Pflegschaft einer anderen Person als des Annehmenden und bedarf ein Vormund zu dem betreffenden Rechtsgeschäft der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, haben der Annehmende oder der gesetzliche Vertreter des Kindes die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzuholen; die Genehmigung ist dem gesetzlichen Vertreter zu erteilen und dem Annehmenden bekanntzugeben.*

*Begründung:*

Zu (1): § 1688 I BGB n.F. findet nur in denjenigen Fällen Anwendung, in denen das Sorgerecht den leiblichen oder Adoptiveltern oder einem Elternteil, nicht dagegen in denjenigen Fällen, in denen das Sorgerecht einem Vormund oder Pfleger zusteht. In § 1688 I 1 BGB n.F. geht dies jedoch bislang nur aus dem zweiten Halbsatz hervor, so daß die Formulierung den Eindruck vermittelt, Halbsatz eins sei generell, das heißt nicht bloß in den Fällen des § 1751 I 5 BGB n.F. (Adoptionspflege) auch auf Fälle anwendbar, in denen das Sorgerecht einem Vormund oder Pfleger zusteht.

Zu (4) und (5): Weil die Rechte der Pflegepersonen von den Rechten des Sorgeberechtigten abgeleitet sind und daher nicht weiter reichen können als die Rechte des Sorgeberechtigten, bedürfen die Pflegeeltern bereits kraft Gesetzes in dem für den betreffenden Sorgeberechtigten geltenden Umfang einer gerichtlichen Genehmigung. Dieses Genehmigungserfordernis besitzt eine praktische Bedeutung insbesondere auf dem Gebiet der Verwaltung des Arbeitsverdienstes des Kindes gem. § 1688 I 2, F. 1 BGB n.F.

und im Fall des Handelns anstelle des Sorgeberechtigten bei Gefahr in Verzug gem. § 1688 I 3, 1629 I 4 BGB n.F.

Zu (4): Da es sich in denjenigen Fällen, in denen § 1688 BGB n.F. unmittelbar Anwendung findet, bei dem Sorgeberechtigten notwendig um den Inhaber der elterlichen Sorge handelt, benötigen die Pflegepersonen in diesen Fällen kraft Gesetzes in dem für den Inhaber der elterlichen Sorge gem. § 1643 BGB geltenden Umfang eine gerichtliche Genehmigung.

Zu (5): Anders als in den Fällen, in denen § 1688 BGB n.F. unmittelbar Anwendung findet, handelt es sich bei einer Adoptionspflege in den Fällen, in denen § 1688 I und II BGB n.F. kraft Verweisung gem. § 1751 I 5 BGB n.F. Anwendung finden, bei dem Sorgerechtsinhaber stets um einen Vormund oder Pfleger. Ein Vormund oder Pfleger bedarf gem. §§ 1820 ff BGB bzw. gem. §§ 1915 I, 1820 ff BGB in größerem Umfang als der Inhaber der elterlichen Sorge gem. § 1643 BGB einer gerichtlichen Genehmigung. Weil in den Fällen des § 1751 I 5 BGB n.F. die Rechte des Adoptionsbewerbers von den Rechten des Vormunds oder Pflegers abgeleitet sind und deshalb nicht weiter reichen können als die Rechte des Vormunds oder Pflegers, bedürfen die Adoptionsbewerber schon kraft Gesetzes in dem für Vormünder und Pfleger geltenden größeren Umfang einer gerichtlichen Genehmigung.

## 2.6 Änderungsvorschlag zu § 1696 I BGB:

Das Vormundschaftsgericht und das Familiengericht haben die Anordnungen zu ändern, wenn dies aus triftigen, das Wohl des Kindes *oder sein Vermögen* nachhaltig berührenden Gründen angezeigt ist.

### *Begründung:*

§ 1696 I BGB n.F. läßt eine Änderung von Entscheidungen auf dem Gebiet der §§ 1626 - 1698 b BGB, die zur Zuständigkeit des Familiengerichts oder des Vormundschaftsgerichts gehören, aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen zu. Der Begriff "Wohl des Kindes" umfaßt zwar gem. § 1666 I BGB n.F. allein das körperliche, geistige und seelische Wohl. Als möglichen Eingriffsgrund nennt § 1666 I BGB n.F. aber zusätzlich zur Gefährdung des Kindeswohls noch die Gefährdung des Kindesvermögens.

§ 1626 I 2 BGB n.F. differenziert zwischen Personen- und Vermögenssorge.

Der am 01.07.1998 außer Kraft getretene § 1671 V BGB regelte die Übertragung sowohl der Personensorge, als auch der Vermögenssorge auf einen Vormund oder Pfleger zur Abwendung einer Gefahr für das Kindeswohl.

Aus diesen Beispielen folgt, daß der Gesetzgeber offenbar zwischen Kindeswohl im engeren und im weiteren Sinn differenziert. Demzufolge müßte wohl die Möglichkeit bestehen, § 1696 I BGB n.F. in denjenigen Fällen entsprechend anzuwenden, in denen dem Kindesvermögen und somit dem Wohl des Kindes im weiteren Sinn eine Gefahr droht. Denn schon vor dem 01.07.1998 wurde § 1696 I BGB a.F. zur Änderung von auf § 1671 IV 2 und V BGB a.F. beruhenden und die Vermögenssorge betreffenden Entscheidungen analog angewendet.

Zur Klarstellung empfiehlt es sich, das Kindesvermögen im Rahmen des § 1696 I BGB n.F. ausdrücklich aufzuführen.

## 2.7 Änderungsvorschlag zu § 1751 I 1 BGB:

- (1) Mit der Einwilligung eines Elternteils in die Annahme *oder der rechtskräftigen Ersetzung der Einwilligung nach § 1748, Abs. 1 bis 3* ruht die elterliche Sorge dieses Elternteils; die Befugnis zum persönlichen Umgang mit dem Kind darf nicht ausgeübt werden (im übrigen unverändert).

### *Begründung:*

Bereits seit der Zeit unmittelbar nach dem Inkrafttreten der bislang letzten Adoptionsreform im Jahr 1977 ist umstritten, ob die elterliche Sorge eines Elternteils auch dann ruht, wenn dessen Einwilligung in die Adoption gem. § 1748 BGB ersetzt wurde.<sup>1450</sup>

Diese Frage muß aus folgenden Gründen bejaht werden:

- Obwohl § 1751 I 1, HS 1 BGB den Fall einer gerichtlichen Ersetzung der elterlichen Einwilligung gem. § 1748 BGB nicht ausdrücklich erwähnt, stellt auch eine ersetzte Einwilligung eine Einwilligung im Rechtssinn dar, so daß es nach Meinung des Gesetzgebers keiner ausdrücklichen Erwähnung der gerichtlich ersetzten Einwilligung im Rahmen des § 1751 I 1, HS 1 BGB bedurfte.<sup>1451</sup> Dies belegt die Entstehungsgeschichte des § 1751 I 1, HS 1 BGB: Im Regierungsentwurf zum Adoptionsgesetz war ursprünglich folgende Fassung des § 1751 I 1, HS 1 BGB vorgeschlagen worden: "Mit der Einwilligung eines Elternteils in die Annahme *oder mit der Rechtskraft des Beschlusses, durch den das Vormundschaftsgericht die Einwilligung ersetzt*, ruht die elterliche Gewalt dieses Elternteils".<sup>1452</sup> Im späteren Gesetzgebungsverfahren wurde von einer gesonderten Erwähnung

<sup>1450</sup> Palandt-Diederichsen, § 1751, 1; bejahend: MüKo-BGB-Lüderitz, § 1751, 2 und Staudinger-Frank, § 1751, 4; verneinend: AG Münster, DAV, 1977, 271

<sup>1451</sup> Czerner, DAV 1977, 271 - 273

<sup>1452</sup> Staudinger-Frank, § 1751, 4; BT-Drucksache 7/3061, S. 5

der gerichtlich ersetzten Einwilligung abgesehen, weil diese "ebenfalls eine Einwilligung ist".<sup>1453</sup>

- Außerdem wäre es schwer verständlich, daß das Sorgerecht eines Elternteils, der in die Adoption einwilligte, ruhte, während andererseits ein Elternteil, dessen Einwilligung gem. § 1748 BGB aus zwingenden Gründen ersetzt werden mußte, weiterhin (so aber das AG Münster)<sup>1454</sup> sein Sorgerecht ausüben dürfte (ablehnende Anmerkung Czerner).<sup>1455</sup>

Deshalb treten im Fall einer Ersetzung der Einwilligung gem. § 1748 BGB die gleichen rechtlichen Folgen wie im Fall einer tatsächlich erklärten Einwilligung gem. § 1747 BGB ein.<sup>1456</sup>

Aus Gründen der Rechtssicherheit und zur Vermeidung zeitraubender Recherchen empfiehlt es sich, die Gleichstellung der Ersetzung der Einwilligung gem. § 1748 BGB mit einer tatsächlich erklärten Einwilligung gem. § 1747 BGB im Rahmen des § 1751 I 1, HS 1 BGB ausdrücklich hervorzuheben. Hierbei genügt es, lediglich die Ersetzung der Einwilligung gem. § 1748 I - III BGB zu erwähnen, da sich eine Ersetzung der Einwilligung gem. § 1748 IV BGB n.F. ohnehin nicht auf das Sorgerecht auswirkt; denn § 1748 IV BGB n.F. befaßt sich ausschließlich mit der Ersetzung der Einwilligung eines nicht mit der Mutter verheirateten Vaters, dem mangels einer Sorgeerklärung i.S.v. § 1626 a I, Nr. 1 BGB n.F. kein Sorgerecht zusteht (§ 1626 a II BGB n.F.) und bei dem folglich das Sorgerecht ohnedies nicht ruhen kann.

## 2.8 Änderungsvorschlag zu § 1797 I BGB:

- (1) Mehrere Vormünder führen die Vormundschaft gemeinschaftlich.
- (2) Bei einer Meinungsverschiedenheit entscheidet das Vormundschaftsgericht, sofern nicht bei der Bestellung ein anderes bestimmt ist.
- (3) *Bei Gefahr in Verzug ist jeder Vormund dazu berechtigt, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl des Mündels notwendig sind; der andere Vormund ist unverzüglich zu unterrichten.*

## Begründung:

---

<sup>1453</sup> Staudinger-Frank, § 1751, 4; BT-Drucksache 7/5087, S. 14

<sup>1454</sup> AG Münster, DAV 1977, 271 - 273

<sup>1455</sup> Czerner, in DAV 1977, 271 - 273

<sup>1456</sup> Staudinger-Frank, § 1751, 4

§ 1629 I 4, HS 1 BGB n.F. gibt bei gemeinsamem Sorgerecht jedem Elternteil das Recht, *bei Gefahr in Verzug* sämtliche Rechtshandlungen *allein* vorzunehmen, die das Wohl des Kindes erfordert, allerdings verpflichtet § 1629 I 4, HS 2 BGB n.F. den allein handelnden Elternteil dazu, den anderen Elternteil unverzüglich zu unterrichten. Zum selben Ergebnis, nämlich einem *Einzelvertretungsrecht*, würde man auch gelangen, falls man wie vor der Neufassung des § 1629 BGB das in den §§ 744 II, 1454, 2038 I 2 BGB und § 115 II HGB enthaltene Prinzip verallgemeinerte, wonach im Notfall verbindlich für andere gehandelt werden darf.

Da die Vormundschaft und Pflegschaft der elterlichen Sorge nachgebildet sind und das Wohl des Mündels oder Pfleglings bei einer Mitvormundschaft oder Mitpflegschaft in ähnlicher Weise wie das Wohl des Kindes bei gemeinsamem Sorgerecht beider Eltern bei Gefahr in Verzug ein Einzelvertretungsrecht für jeden einzelnen Vormund oder Pfleger gebietet, liegen die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 1629 I 4 BGB n.F. auf Mitvormünder und Mitpfleger vor. Dies bedeutet, daß im Notfall jeder einzelne Mitvormund und jeder einzelne Mitpfleger ein Einzelvertretungsrecht besitzen, jedoch den anderen Mitvormund oder Mitpfleger gegebenenfalls unverzüglich zu unterrichten haben. Aus Gründen der Klarstellung empfiehlt sich eine dem § 1629 I 4 BGB n.F. nachgebildete Regelung im Rahmen des § 1797 I BGB, der sich mit der Führung einer Mitvormundschaft befaßt.

## 2.9 Änderungsvorschlag zu § 621 a I ZPO:

- (1) Für die Familiensachen des § 621 Abs. 1, Nr. 1 bis 3, 6, 7, 9 und 10 in Verfahren nach § 1800 e Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt sich, soweit sich aus diesem Gesetz oder dem Gerichtsverfassungsgesetz nichts Besonderes ergibt, das Verfahren nach den Vorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und nach den Vorschriften der Verordnung über die Behandlung der Ehewohnung und des Hausrats.
- (2) An die Stelle der §§ 2 bis 6, 8 - 11, 13, 16 Abs. 2, 3 und des § 17 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit treten die für das zivilprozessuale Verfahren maßgeblichen Vorschriften.
- (3) *Die Verhandlung in diesen Familiensachen ist nicht öffentlich.*

*Begründung:*

Über sorge- und umgangsrechtliche Angelegenheiten sowie über den Erlaß von Verbleibensanordnungen gem. § 1632 IV BGB wird gem. § 170 S. 1 GVG in einer nicht-öffentlichen Verhandlung entschieden. § 8 FGG, der die Nichtöffentlichkeit der Verhandlung für das FGG-Verfahren dadurch festlegt, daß er bewußt davon absieht, auf § 169 GVG und alle sonstigen Vorschriften zu verweisen, die die Öffentlichkeit der Verhandlung normieren, findet gem. § 621 a I 2 ZPO keine Anwendung. Die *Nichtöffentlichkeit der Verhandlung* kann aber bislang angesichts der zahlreichen Verweisungen in den Gesetzestexten selbst ein juristisch vorgebildeter Leser nur mit Mühe dem Gesetzeswortlaut entnehmen. Es empfiehlt sich daher eine einfachere und übersichtlichere Regelung. Dazu bieten sich zwei Alternativen an: Entweder fügt man an das Gesetz eine *Liste* der nichtöffentlichen Verfahren an oder man ergänzt das Gesetz punktuell. Speziell für § 621 a I ZPO könnte sich die Nicht-öffentlichkeit des Verfahrens aus *Satz 3* ergeben.

*2.10 Änderungsvorschlag zu § 18 I FGG:*

- (1) Erachtet das Gericht eine von ihm erlassene Verfügung nachträglich für ungerechtfertigt, so ist es berechtigt, sie zu ändern; soweit eine Verfügung nur auf Antrag erlassen werden kann und der Antrag zurückgewiesen worden ist, darf die Änderung nur auf Antrag erfolgen.
- (2) *Satz 1 gilt nicht für die Familiensachen des § 621, Abs. 1 Nr. 1 bis 3, 6, 7 und 9 der Zivilprozeßordnung sowie des § 621 Abs. 1, Nr. 10 der Zivilprozeßordnung in Verfahren nach § 1600 e, Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.*

*Begründung:*

- Entscheidungen, die unter § 621 I, Nr. 1 - 3, 6, 7 und 9 ZPO n.F. fallen, also
  - sorge- und umgangsrechtliche sowie Herausgabeentscheidungen,
  - Entscheidungen auf dem Gebiet des Versorgungsausgleichs gem. §§ 1587 ff BGB,
  - Entscheidungen im Rahmen der Hausratsverordnung,
  - Entscheidungen über die Stundung des Zugewinnausgleichs gem. § 1682 BGB und über die Anordnung gem. § 1383 BGB, Vermögensgegenstände in Anrechnung auf die Zugewinnausgleichsforderung auf den Gläubiger zu übertragen, sowie
- Entscheidungen auf dem Gebiet des § 621 I, Nr. 10 ZPO n.F. in Verfahren gem. § 1600 e II BGB n.F., also in Verfahren, die die Feststellung der Vaterschaft nach dem Tod des vermeintlichen Vaters und in Verfahren, die die Anfechtung der Vaterschaft nach dem Tod des Kindes betreffen, dürfen aufgrund der §§ 621 e III 2, 577 III ZPO vom Familiengericht

nicht gem. § 18 I, HS 1 FGG in seiner derzeit geltenden Fassung geändert werden.

Dies sollte dem Rechtsanwender zur Vermeidung von Irrtümern bereits im Rahmen des § 18 I FGG verdeutlicht werden.

### 2.11 Änderungsvorschlag zu § 33 II FGG:

- (1) Soll eine Sache oder eine Person herausgegeben oder eine Sache vorgelegt werden oder ist eine Anordnung ohne Gewalt nicht durchzuführen, so kann aufgrund einer besonderen Verfügung des Gerichts, unabhängig von den gem. Absatz 1 festgestellten Zwangsmitteln, auch Gewalt gebraucht werden.
- (2) Eine Gewaltanwendung gegen ein Kind darf nicht zugelassen werden, wenn das Kind herausgegeben werden soll, *um eine Herausgabeentscheidung zu vollstrecken* oder um das Umgangsrecht auszuüben.
- (3) Der Vollstreckungsbeamte ist befugt, erforderlichenfalls die Unterstützung der polizeilichen Vollstreckungsorgane nachzusuchen ... (Anmerkung: im übrigen unverändert).

#### *Begründung:*

§ 33 II 2 FGG n.F. untersagt die Gewaltanwendung gegen ein Kind zwar lediglich in denjenigen Fällen ausdrücklich, in denen das Kind herausgegeben werden soll, um das *Umgangsrecht* auszuüben. Jedoch steht der Gewaltanwendung gegen ein Kind zur Durchsetzung einer *Herausgabeentscheidung* bereits § 1631 II BGB n.F. entgegen, der dem Inhaber der elterlichen Sorge seelische Mißhandlungen jeglicher Art verbietet und kraft Verweisung gem. § 1800 BGB und gem. §§ 1915 I, 1800 BGB auch auf Vormünder und Pfleger Anwendung findet. Der unbefangene Leser gewinnt allerdings dann, wenn er nur § 33 FGG liest, den Eindruck, daß § 33 II 2 FGG n.F. allein eine Gewaltanwendung zur Durchsetzung von Umgangsrechten, nicht aber eine Gewaltanwendung zur Durchsetzung von Herausgabeentscheidungen verbiete.

Daher empfiehlt sich eine Klarstellung im Rahmen des § 33 II 2 FGG n.F.

### 3. Weitere Anregungen an die Adresse des Gesetzgebers

3.1 Eine *Definition des Pflegekinderbegriffs* im Rahmen des BGB würde die Rechtsanwendung erleichtern.

3.2 Bislang besteht für die Pflegeeltern anders als für einen Vormund gem. §§ 1806, 1807 BGB *keine* Pflicht zu einer *verzinslichen* Anlegung des Arbeitsverdienstes des Kindes,

obwohl die Risiken hinreichend bekannt sind, die mit spekulativen Geldanlagen, insbesondere mit der Beteiligung an Warentermingeschäften verbunden sind. Deshalb sollten die Pflegepersonen, ähnlich wie ein Vormund, zu einer verzinlichen Anlage des Arbeitsverdienstes des Kindes verpflichtet werden. Falls der Gesetzgeber keine den §§ 1806, 1807 BGB entsprechende Regelung schafft, sollte die Rechtsprechung zum Schutz des Kindesvermögens den *Begriff der "Verwaltung"* des Arbeitsverdienstes *restriktiv* auslegen und ihn *auf die bloße Fruchtziehung beschränken*.

3.3 Bisher haften Pflegeeltern auch im Fall einer Notgeschäftsführung im Sinn der §§ 1688 I 3, 1629 I 4 BGB gem. § 276 I 1 BGB auch für leichte Fahrlässigkeit. Dieses hohe Haftungsrisiko kann die Pflegepersonen dazu bewegen, von ihrem Notgeschäftsführungsrecht nur in sehr beschränktem Umfang Gebrauch zu machen. Um die im Fall einer Notgeschäftsführung den Pflegeeltern drohenden Haftungsrisiken überschaubar zu machen, *sollte die Haftung der Pflegepersonen im Fall der Notgeschäftsführung* in ähnlicher Weise wie bei einer Geschäftsführung ohne Auftrag zur Abwehr einer Gefahr gem. § 680 BGB auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz *beschränkt werden*.

3.4 Wer ein Kind oder einen Jugendlichen außerhalb des Elternhauses in seiner Familie regelmäßig betreuen oder ihm Unterkunft gewähren will, bedarf grundsätzlich der Erlaubnis (§ 44 I SGB VIII/KJHG). Bedarf ein Rechtsgeschäft behördlicher Genehmigung, so bedeutet das zugleich, daß die Vornahme ohne Genehmigung verboten ist.<sup>1457</sup> Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt (§ 134 BGB). Das SGB VIII/KJHG äußert sich dazu aber nicht ausdrücklich; vielmehr muß der Wille des Gesetzes erst mühsam durch Interpretation ermittelt werden. Diesen unnützen Aufwand könnte man sich durch eine klare gesetzliche Regelung sparen.

3.5 Der Rechtsweg gegen Entscheidungen auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die Pflegeeltern als solche betreffen, kann selbst von Personen mit juristischer Vorbildung nur schwer überblickt werden. Daher empfiehlt es sich meines Erachtens, für alle Entscheidungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine *Rechtsmittelbelehrung* gesetzlich vorzuschreiben. Es leuchtet kaum ein, warum der Gesetzgeber für alle zivilrechtlichen

---

<sup>1457</sup> Palandt-Heinrichs, § 134, 12



Verfahren, mit Ausnahme des arbeitsgerichtlichen Verfahrens (vgl. § 9 V 1 und 2 ArbGG), bislang von einer obligatorischen Rechtsmittel- bzw. Rechtsbehelfsbelehrung absah, während er eine solche Belehrung in anderen Verfahren schon seit langem zwingend vorsieht (vgl. §§ 356 I AO, 105 II, Nr. 6 FGO, 58 I und 117 II, Nr. 6 VwGO, 35 a, 115 IV, 115 a III 2, 171 S. 2 StPO).